

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DU NANTISSEMENT

DES FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 22 avril 1902

PAR

STANISLAS RUFFELET

Président : M. DANJON.

Suffragants { MM. DEGOIS
PILON, } *agregés*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT.

Année scolaire 1901-1902

Doyen :

M. EDMOND VILLEY (✱, I, ✱), Correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

Professeurs :

MM. DANJON (I, ✱), Assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé des cours de *Droit maritime* et de *Droit civil approfondi et comparé*.

EDMOND VILLEY (✱, I, ✱), Professeur d'*Economie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (✱, A, ✱), Professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Droit civil*.

GUILLOUARD (✱, I, ✱, C, ✱, G. O. ✱, C. I. C. ✱, O. ✱, L. ✱), Professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I, ✱) (député du Calvados, ancien Ministre de la Justice), Professeur de *Droit civil*.

CABOUAT (I, ✱), Professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A, ✱), Professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY, Professeur de *Droit romain* et chargé du Cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR, Professeur de *Droit administratif* et Chargé du cours d'*Éléments de Droit constitutionnel*.

Agrégés :

MM. RENÉ WORMS (I, ✱, ✱, C, ✱), Chargé des cours d'*Economie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

ASTOUL, Chargé d'un cours de *Droit Romain* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS, Chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

PILON, Chargé d'un cours de *Droit civil*.

GÉNESTAL DU CHAUMEIL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français* et d'*Histoire du Droit public français*.

Secrétaire :

M. GILLET (I, ✱), Secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DU NANTISSEMENT

DES FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 22 avril 1902

PAR

STANISLAS RUFFELET

Président : M. DANJON.

Suffragants { MM. DEGOIS
PILON, } *agrégés*



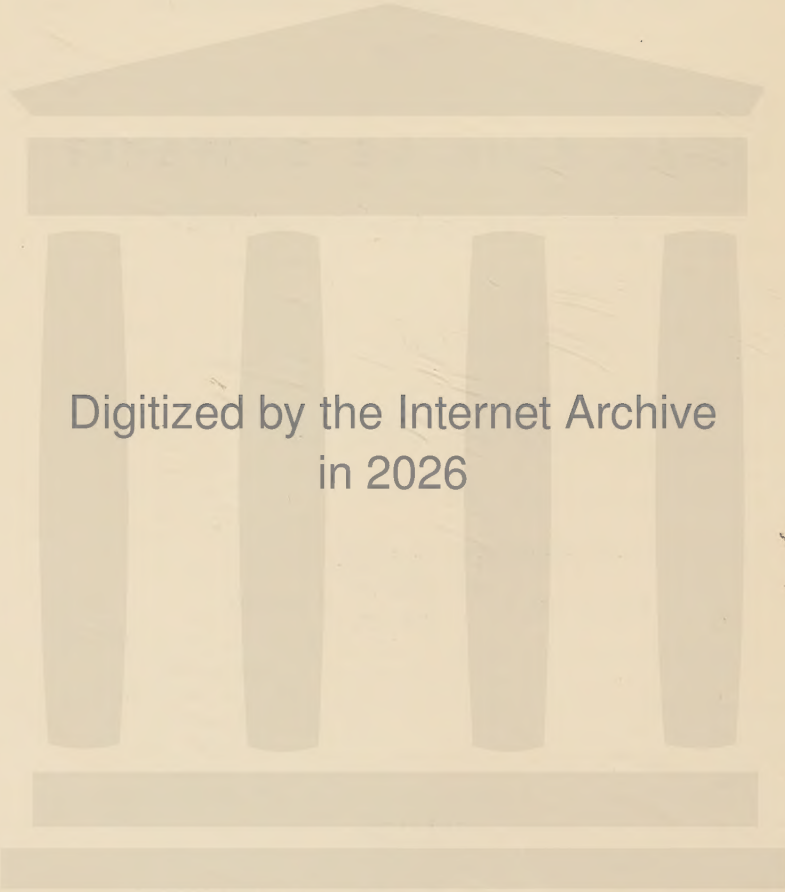
PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- Aubry et Rau.** — Traité de droit civil, 3^e édition, t. 3.
- P. Avril.** — Principes et caractères de la constitution en gage sur les meubles incorporels, Paris, 1898.
- Baudry-Lacantinerie.** — Précis de droit civil, 6^e édition, t. 2.
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** — Traité des privilèges et, hypothèques, 2^e édition, t. 1 et 3.
- Bellon.** — Du nantissement d'un fonds de commerce, Paris, 1901.
- Beudant.** — Les sûretés réelles et personnelles, t. 1^{er}.
- Boistel.** — Précis de droit commercial.
- Bravard-Veyrières et Demangeat.** — Traité de droit commercial t. 5.
- Catalan.** — De la condition juridique des fonds de commerce, Paris, 1899.
- Colmet de Santerre.** — Traité de droit civil, t. 8.
- Dalloz.** — Répertoire alphabétique et supplément au répertoire. — *Industrie et commerce.*
- Demolombe.** — Traité de la distinction des biens, t. 1^{er}.
- Duranton.** — Traité du contrat de mariage, t. 1^{er}.
- Fenet.** — Recueil des travaux préparatoires du Code civil, t. 15.
- Ferrand.** — De la séparation des patrimoines, Dijon, 1901, thèse.
- Fouilleul.** — De la constitution en gage des fonds de commerce, thèse Paris, 1900.
- Fuzier-Hermann.** — Répertoire alphabétique, t. 22, V^o *Fonds de commerce.*
- Gombeaux.** — Notion juridique du fonds de commerce, thèse Caen, 1901.
- Guillouard.** — Traité du nantissement et du droit de rétention.
— Traité des privilèges et des hypothèques, t. 3.
— Traité de la prescription, t. 1^{er}.
- Hartmann.** — Introduction historique au traité théorique et pratique des fonds de commerce de M. G. Lèbre.
- Laurençon.** — Rapport à la Chambre des députés, 17 juin 1897. — *Journal officiel*, Doc. parl., Chambre 1897, p. 1406. Annexe 2523.

- Lordereau.** — Fonds de commerce, vente et nantissement. Thèse Paris, 1900.
- Lyon-Caen et Renault.** — T. 3 : Du gage.
— T. 7 et 8 : De la faillite.
- Magnin (J. B.).** — *Journal des faillites*, doctrine, mai 1901.
- Magnier et Pruvost.** — Nantissement des fonds de commerce.
- Magnier.** — Essai sur le nantissement des fonds de commerce. Brochure, Paris 1899.
- Ménin (Th.).** — Examen de la législation et de la jurisprudence en matière de nantissement de fonds de commerce, Paris, 1901.
- Millerand.** — Rapport lu à la Chambre des députés le 18 mai, 1895. *Journal officiel*, 19 août 1895, Annexe 1324, p. 516.
— Rapport lu à la Chambre des députés le 5 novembre 1897. — Annexe 2774, *Journal officiel* du 23 février 1898, p. 93.
- Montier.** — Du nantissement des fonds de commerce, Paris, 1900.
- Nantet.** — Des fonds de commerce, vente et nantissement, thèse Paris, 1899.
- Planiol.** — Traité de droit civil, t. 1 et 2.
- Pouillet.** — Traité des brevets d'invention.
- Robert (Ch.).** — Note sous divers arrêts (D. 1901.2.97 et suiv.).
- Rousseau et Laisney.** — Dictionnaire de procédure civile, V^o *Péremption*, t. 7.
- Roy.** — Bulletin-commentaire des lois nouvelles, 1898.
- Simon (Ch.).** — Le fonds de commerce, sa nature juridique, ses éléments, les contrats principaux dont il est l'objet, thèse Paris, 1898.
- Tissier.** — Note sous Douai, 4 avril 1895, S. 1897.2.289.
- Thaller.** — Précis de droit commercial.
- Thézard.** — Rapport au Sénat sur la proposition de loi Millerand 23 décembre 1897, Annexe 94, *Journal officiel* du 20 février 1898, p. 809.
- Vareilles-Sommières (de).** — De la personnalité civile, *Revue de Lille*, 1900.
- Wahl.** — Note sous Paris, 26 février 1895 ; S. 1897.2.89 ; note sous Paris, 14 mars 1900, S. 1901.2.153 ; note sous Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901.2.177 ; note sous Douai, 11 juillet 1895, S. 1898.2.257 ; note sous Bordeaux, 1^{er} avril 1897, S. 1900.2.241.
-

DU NANTISSEMENT

DES FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION HISTORIQUE

Depuis l'époque à laquelle remonte la rédaction de nos Codes, l'utilité des sûretés réelles s'est bien accentuée. Notre Code de commerce, composé en 1807 par d'éminents praticiens, préoccupés de répondre aux nécessités du commerce, montre, par son silence presque complet sur le gage, l'usage restreint qu'en faisaient les commerçants. Il ne s'en occupe que bien accessoirement en traitant seulement du privilège du commissionnaire, qui repose sur une constitution tacite de gage (1).

Mais les conditions générales d'exercice du commerce ont bien changé depuis un siècle. Aujourd'hui les industriels produisent beaucoup par avance ; d'importantes quantités ou stocks de marchandises ne trouvent pas leur écoulement immédiat. Pour se procurer l'argent nécessaire à la continuation de leur fabrication, ils ont souvent recours au gage.

La loi du 23 mai 1863 est venue sans doute subordonner à des conditions plus compatibles avec l'exercice

(1) V. Lyon-Caen et Renault, *Pr. dr. com.*, t. III, p. 497, § 256.

normal et régulier du commerce le contrat de gage jusqu'alors soumis aux lenteurs et aux complications des règles de la constitution et de la réalisation du gage civil.

Ce n'était point encore suffisant. Le petit commerçant, en particulier ne jouissant pas des moyens de crédit, que pouvait aisément mettre à profit le négociant en gros, tenta d'utiliser la valeur de crédit de cet ensemble d'éléments divers, dont la réunion constitue le fonds de commerce.

En fait de sérieuses difficultés s'élevèrent à l'occasion de cette pratique ; car il s'agissait de satisfaire à la condition de mise en possession du créancier. D'après le droit en vigueur, cette mise en gage ne semblait point praticable ; car posséder, c'est exercer le droit lui-même (1), posséder le fonds de commerce de son débiteur, c'est se mettre à la tête de ses affaires ; or le commerçant qui a besoin d'argent pour continuer son entreprise, entend naturellement conserver son fonds de commerce et l'exploiter (2).

Il n'était donc pas possible de rendre notoire la constitution en gage, ce qui est le but du législateur en imposant la mise en possession du créancier gagiste, le nantissement des fonds de commerce n'était pas juridiquement possible !

La jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel en décida autrement. Il est toujours regrettable que des biens ne puissent pas être affectés par un débiteur à la sûreté de ses créanciers pour se procurer du crédit, une doctrine que consacrèrent la Cour de cassa-

(1) En ce sens Thaller, *Pr. dr. com.*, 2^e édit., § 4092, p. 576.

(2) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, p. 230, § 285.

tion et les Cours d'appel crut trouver les formalités de publicité à remplir en matière de gage d'un fonds de commerce.

« S'attachant à l'idée toute scolastique que la délivrance d'un titre équivaut à une mise en possession, la jurisprudence, dit M. Thaller (1), a considéré que le commerçant ayant des titres, qui justifient de son droit sur le fonds et sur le magasin loué, n'aura qu'à se dessaisir de ces titres aux mains du gagiste, et constituera par là un nantissement régulier. Il pourra continuer l'exploitation par lui-même ; satisfaction sera ainsi donnée à la règle, qui solidarise le gage avec une condition de dépossession. Ces titres à remettre au gagiste étaient : 1^o l'acte d'acquisition du fonds, que le débiteur tient de son prédécesseur ; 2^o le bail du magasin. Il faudra en outre que le créancier signifie le gage au bailleur, ce qui implique la confection d'un acte de nantissement conforme à l'article 2074 du Code civil... »

Cette opinion de la jurisprudence remonte à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888 (2), qui entraîna les Cours d'appel successivement appelées à statuer sur la question.

Les quelques décisions qui ont précédé cet arrêt, n'admettent pas en effet cette doctrine, et considèrent la dépossession effective du débiteur au profit du créancier, comme une condition indispensable à la validité du nantissement (3).

(1) Thaller, *œuv. cit.*, 2^e édit., § 1092, p. 576.

(2) Cass. req., 13 mars 1888, D. 1888.1.351.

(3) Paris, 2 juillet 1851, S. 1851.2.619 ; Lyon, 1^{er} décembre 1857, D. 1859.2.167.

Mais depuis l'arrêt du 13 mars 1888, la jurisprudence est demeurée fidèle à ses principes.

La question s'est présentée devant le tribunal de commerce de Grenoble le 7 août 1885 à propos d'un fonds de commerce d'hôtel meublé. Il s'agissait d'un hôtel meublé exploité à Cannes, sous le nom de « Splendide Hôtel », cédé par les époux Bourgeois aux époux Robin. Pour solder leur prix d'achat, les époux Robin avaient eu recours à un prêt consenti par le sieur Poydenot, et garanti à son profit par la constitution en gage du « Splendide Hôtel ». Pour assurer la parfaite exécution de la convention de nantissement, Poydenot s'était fait remettre une expédition du contrat d'acquisition, et avait signifié l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble (1).

Mais un peu plus tard survint la faillite des époux Robin, et le sieur Poydenot, créancier prêteur, sollicita son admission au passif privilégié de la faillite. Le syndic répondit en contestant purement et simplement la validité du nantissement consenti.

Le tribunal de commerce de Grenoble saisi de la question, partagea l'opinion du syndic ; se fondant notamment sur ce que le débiteur, en l'espèce, avait continué l'exploitation, en sorte que d'une part, il n'avait pas été satisfait aux règles du gage, qui exigent le dessaisissement du débiteur, et que, d'autre part, ce privilège consenti subrepticement à un créancier plus exigeant, lésait des tiers dont la confiance se trouvait ainsi trompée.

Enfin, le nantissement pouvait être suspecté de dol ou de fraude ; c'est souvent un avantage concédé par un débiteur obéré, à bout de ressources, et qui cherche à

(1) Magnier et Pruvost, *Nantissement des fonds de commerce*, p. 14.

prolonger sa situation, si précaire qu'elle soit, par crainte de la faillite.

Il n'y avait donc pas lieu d'attribuer au créancier nanti le rang de priorité, qu'il réclamait à tort, puisque ce droit de préférence ne lui avait pas été régulièrement conféré.

La Cour de Grenoble, saisie de l'appel, infirma la décision des premiers juges.

En soi, l'idée de faire ainsi de la valeur d'ensemble d'une exploitation commerciale l'objet d'un contrat de gage n'avait rien de choquant. En effet tous les éléments susceptibles d'entrer dans la composition d'un fonds de commerce, étant de nature essentiellement mobilière, le fonds lui-même constitué par la réunion de ces divers éléments ou de quelques-uns d'entre eux, doit être naturellement rangé parmi les biens mobiliers ; et comme tous les biens mobiliers, qui sont dans le commerce, corporels ou incorporels, peuvent être donnés en gage, il n'y a pas, *a priori*, de raison pour traiter à ce point de vue les fonds de commerce moins favorablement que les autres éléments de la fortune mobilière (1).

Devant la difficulté qu'offrait la détermination des formalités à l'accomplissement desquelles le nantissement du fonds de commerce devait être subordonné, la Cour de Grenoble reconnut au fonds de commerce le caractère d'une unité mobilière incorporelle, pour appliquer purement et simplement au nantissement les formes symboliques du gage des meubles incorporels :

« Attendu (2) que le fonds de commerce constitue un

(1) V. la note de M. Ch. Robert sous Paris, 23 mars 1900, D. 1901. 2.97.

(2) C. de Grenoble, 16 avril 1886, rapporté par Magnier et Pruvost, *œuv. cit.*, p. 14.

meuble incorporel, et que tous les droits incorporels sans exception peuvent être donnés en gage, le fonds de commerce, dont il s'agit, pouvait être indubitablement susceptible de faire l'objet d'un contrat de cette nature ;

« Que le refus du tribunal à voir dans le fonds de commerce un meuble incorporel, repose sur cette idée chimérique que le mobilier et le matériel industriel compris dans la vente, l'emportent de beaucoup en valeur sur les autres choses vendues ;

« Mais attendu que cette appréciation ne repose sur aucun fondement... ;

« Qu'elle est contraire au principe consacré sans contestation par la jurisprudence, qu'un fonds de commerce, quels que soient les éléments qui le constituent, est un meuble incorporel... »

Et la Cour de Grenoble tire, au point de vue du nantissement, la conséquence de ce principe, qu'elle admet comme irréfutable : la remise des titres d'acquisition du fonds de commerce est nécessaire pour opérer la mise en possession entre les mains du créancier nanti. Si, aux termes de l'article 2075 du Code civil, l'acte contenant la constitution de gage doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage, cette formalité est destinée à compléter la tradition symbolique exigée ; elle doit avoir lieu pour le droit au bail ; mais si elle n'est pas faite pour le surplus du fonds de commerce, c'est pour la raison péremptoire que pour le surplus, il n'y a pas de débiteur.

Contre cet arrêt le syndic de la faillite Robin forma un pourvoi en cassation.

La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi par arrêt

du 13 mars 1888 (1). Cet arrêt est resté capital en la matière.

Après avoir reconnu au fonds de commerce le caractère d'une universalité juridique, la Cour de cassation admet sa nature mobilière incorporelle et adoptant l'opinion de la Cour de Grenoble, elle proclame que l'arrêt attaqué n'a violé aucun principe, aucune loi, en se prononçant en faveur de la validité du nantissement du fonds de commerce :

« Attendu que les époux Robin ont remis au sieur Poydenot, au moment même où le nantissement était consenti, une expédition de l'acte notarié établissant leur droit sur le fonds de commerce du « Splendide Hôtel », et que Poydenot a, par exploit du 27 janvier 1882, fait signifier l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble, d'où il suit que l'arrêt attaqué, en déclarant que dans l'espèce, le nantissement était régulier et devait produire tous ses effets légaux, n'a fait qu'une exacte application de la loi. »

L'arrêt de la Chambre des requêtes confirme celui de la Cour de Grenoble, semblant se conformer aux dispositions de l'article 2075 du Code civil, et de l'article 91, § 4 du Code de commerce et subordonne la validité du nantissement :

1^o A la remise des titres de propriété au créancier gagiste ;

2^o A la signification de l'acte de nantissement au propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds.

Mais les deux décisions s'écartent sur un point important : tandis que la Cour de Grenoble déclare dans tous

(1) Cass. req., 13 mars 1888, précité, D. 1888.1.351.

les cas le fonds de commerce meuble incorporel, la Cour de cassation semble faire ses réserves (1). Elle se défie d'une généralisation à tout le moins hâtive, et restreint la portée de la solution qu'elle fournit aux fonds de commerce « de cette nature » ; c'est-à-dire que dans l'hypothèse qui lui était soumise, la Cour de cassation attribuait au fonds le caractère incorporel, parce que tel était le caractère des éléments prédominants et essentiels du fonds dont il s'agissait ; mais la Cour suprême réservait le cas où ces éléments cessaient d'être prédominants, et où, au contraire, les éléments corporels, tels que matériel, marchandises avaient une importance plus considérable.

Cette remarque n'a pas échappé aux auteurs qui ont contesté l'opinion soutenue dans l'arrêt de 1888. Il n'est pas inutile d'ailleurs de s'y arrêter ; car la jurisprudence des cours d'appel s'est maintes fois appuyée sur cette décision pour déclarer nettement que le fonds de commerce, universalité juridique est un meuble incorporel, sans faire état des restrictions, peu explicites, il est vrai, que comportait l'arrêt de la Cour de cassation.

Or, c'est précisément de cette assertion présentée comme un axiome, que les Cours d'appel ont toujours conclu à la possibilité de traiter le fonds de commerce, quant à sa mise en gage, comme un droit de créance et de le soumettre aux formalités symboliques de l'article 2075 du Code civil.

Cette solution était-elle satisfaisante ? La jurisprudence en faisant application des principes du nantissement des créances, cherchait une mesure de publicité. Mais son

(1) En ce sens : V. Bellon, *Nant. des fonds de commerce*, p. 74.

interprétation présentait à ce point de vue de sérieux inconvénients, le but qu'elle poursuivait ne pouvait jamais être complètement atteint. Un pareil nantissement demeurerait toujours forcément occulte, puisqu'il n'y avait pour le public aucun signe faisant connaître l'affectation spéciale que le fonds de commerce avait reçue (1).

Et puis, signifier le contrat de nantissement au propriétaire de l'immeuble, c'est avertir une personne, qui n'a guère d'intérêt dans la question, « ses droits étant toujours sauvegardés tant contre le locataire primitif que contre le sous-locataire ou cessionnaire du bail » (2).

Cette signification répond, dans l'intention des auteurs de l'arrêt de 1888, aux exigences de l'article 2075 du Code civil.

Mais le Code civil, tout en parlant de meubles incorporels, n'a certainement visé que les droits de créance ; or, peut-on assimiler le fonds de commerce au droit de créance ? La vérité est que la jurisprudence a assimilé seulement au droit de créance le droit au bail des lieux d'exploitation, qui constitue l'un des éléments qui se retrouvent le plus fréquemment dans la composition des fonds de commerce.

Cette exigence n'est pas logique, observe M. Bellon (3), si la jurisprudence voyait dans le fonds de commerce une universalité juridique, elle ne devait pas se livrer à cette analyse ; le droit au bail devait être confondu dans l'ensemble.

Faisant abstraction de la légalité de l'expédient ima-

(1) V. Thaller, *œuv. cit.*, 2^e édit., § 1092, p. 577.

(2) Rapport de M. Thézard au Sénat, *Journal officiel*, 1897, Annexe 94, p. 809.

(3) Bellon, *œuv. cit.*, p. 77.

giné par la jurisprudence, il reste à nous demander si le but poursuivi était bien atteint. Les tiers, autres que le bailleur de l'immeuble, étaient fondés à croire que le nantissement n'avait point d'autre objet que le droit au bail lui-même isolé des autres éléments du fonds.

La jurisprudence exigeait en outre du débiteur la remise de ses titres de propriété, acte d'acquisition du fonds, bail écrit, brevets d'invention, certificats de dépôt des marques de fabrique... suivant les cas, afin d'opérer la dépossession conformément à l'article 2076 du Code civil, qu'a reproduit l'article 92, § 1 du Code de commerce.

Le principe qui se dégage de ces textes est facile à poser. Il faut que la chose engagée soit aux mains du créancier et que le pouvoir dont il est investi soit exclusif d'un pouvoir semblable exercé ou conservé par le débiteur (1).

Sur le point de savoir quand cette condition sera remplie, il ne s'agit plus que d'une question de fait ; tout dépend de la nature de l'objet du contrat de gage et des circonstances de la cause.

Quand le nantissement porte sur une créance, la remise du titre opère dessaisissement du débiteur et complète ainsi la publicité obtenue par la signification de l'article 2075. « Le titre est le seul mode d'extériorisation de la créance, et l'on conçoit difficilement un autre procédé de dessaisissement possible que la remise du titre entre les mains du créancier gagiste.. » (2). Sans doute, la remise d'un titre de créance au gagiste ne le mettra

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité de droit civil*, t. 22, p. 59, § 69.

(2) Bellon, *œuv. cit.*, p. 84.

pas juridiquement en possession de la créance, la détention matérielle d'un titre n'emporte point par elle-même la possession du droit incorporel que consacre ce titre, ainsi que l'a soutenu M. Colmet de Santerre (1) ; mais, en fait, la saisine du créancier reçoit ici sa perfection parce que le débiteur se trouve dépouillé des moyens de disposer de la chose et de faire croire qu'elle est encore dans son patrimoine, à sa libre disposition (2).

Les mêmes principes s'appliquent aux autres choses incorporelles. S'agit-il d'un brevet d'invention, il doit être remis au créancier gagiste (3). S'agit-il d'un droit de propriété littéraire ou artistique, il faut que le créancier soit mis en possession du manuscrit, du tableau, de la statue... (4). S'agit-il d'un droit au bail, il faut, indépendamment de la signification de l'article 2075, que le créancier gagiste soit mis en possession de l'acte de bail, mais il n'est nullement nécessaire qu'il soit en possession des lieux loués.

Le dessaisissement ainsi opéré constitue une mesure de publicité du nantissement. Les tiers voyant le débiteur privé de la possession de son bien savent désormais quel crédit peut lui être encore accordé.

Mais le dessaisissement du fonds de commerce, tel que le comprenait la jurisprudence était absolument insuffisant. « Il va de soi, disent MM. Lyon-Caen et Renault (5), qu'il ne pouvait être question, ni d'une mise en

(1) Colmet de Santerre, t. VIII, § 302 *bis*.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, p. 64, § 74.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. III, § 283, p. 227, *œuv. cit.* ; Pouillet, *Des brevets d'invention*, n° 201.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, p. 68, § 79.

(5) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, § 285, p. 234.

possession, ni d'une remise de titre, ni d'une signification pour les marchandises et pour l'installation matérielle ;... » et pourtant d'après la jurisprudence, ce n'est point seulement le bail qui faisait l'objet du nantissement. L'outillage, les marchandises du fonds... suivaient la même condition, le créancier gagiste « se payait par préférence sur le produit de leur vente, bien qu'il ne les eût point tenues en sa possession (1) ». Ces éléments étaient englobés dans le gage comme formant l'accessoire du fonds. Mais la clientèle ? la clientèle, cet élément si important, aucun titre n'en représente la valeur et dès lors comment peut-on la constituer en gage ? Sur ce point la jurisprudence était encore bien insuffisante.

De plus les formalités exigées risquaient aussi d'être inefficaces. En effet, la Cour de cassation et les arrêts des Cours d'appel qui s'en sont inspirés, se contentent, quand le titre du bail ou d'acquisition du fonds est authentique, de la remise d'une expédition de ce titre. Sans doute, l'expédition est un titre ; mais le commerçant, qui offre d'engager son fonds, peut se procurer autant d'expéditions qu'il le désire, il peut céder à la tentation de donner plusieurs fois en gage le fonds de commerce qu'il exploite (2) ; la remise de la grosse elle-même n'offrirait pas une garantie absolue ; car le créancier peut s'en faire délivrer une seconde soit en vertu de l'autorisation du président du tribunal (art. 844, 845, 846, C. proc. civ.), soit même suivant l'opinion généralement admise, avec le consentement de son débiteur.

Bref, en terminant, il faut reconnaître avec MM. Lyon-

(1) Thaller, *œuv. cit.*, 2^e édit., § 1092, p. 576.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, p. 67, § 75.

Caen et Renault (1) que les conditions et formalités édictées par la jurisprudence « étaient peu propres à faire connaître aux tiers la constitution en gage du fonds de commerce ; que, du reste, elles étaient sans application possible quand le fonds de commerce avait été créé par le débiteur et non acquis par lui, qu'il était établi dans un immeuble lui appartenant et que, ce qui est assez fréquent, il n'y avait pas de marque de fabrique ou de commerce ».

Enfin, le nantissement du fonds de commerce était menacé de devenir un signe distinctif auquel on pouvait reconnaître la gêne du commerçant à la veille d'une faillite.

Se heurtant à l'insuffisance de la loi, la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel (2) avait tenté de la compléter aux dépens des principes de notre droit, exposant les tiers aux plus graves dangers. Il est heureux qu'elle ait rencontré une résistance ferme dont l'honneur revient aux tribunaux consulaires, mieux placés pour saisir tous les inconvénients pratiques du système qui leur était opposé et fermement secondés dans leurs efforts par la doctrine.

Primitivement, le tribunal de commerce de la Seine (3) s'était rendu aux considérations de l'arrêt de la Chambre des requêtes et avait validé le nantissement d'un fonds de commerce accompagné des formalités que la Cour de cassation prétendait imposer en vertu des articles 2075 et 2076 du Code civil :

(1) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, p. 231, § 285.

(2) C. de Paris, 26 février 1893 ; C. de Lyon, 14 mars 1893 ; C. de Paris, 4 janvier 1896 ; rapportés dans Sirey, 1897.2.89. — V. la note de M. Albert Wahl sous ces arrêts.

(3) Trib. com. Seine, 3 juin 1891, *Pand. fr.*, 1892.2.161.

« Attendu qu'il a été souverainement décidé par la Cour de cassation (1) que, lorsque la chose donnée en gage est incorporelle, pour opérer la constitution du nantissement et la création du privilège, il faut mais il suffit :

« 1° Que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée ;

« 2° Que celui qui constitue le gage, ait remis au créancier gagiste le titre établissant son droit sur la chose engagée ; que dans ce cas, en effet, la tradition matérielle étant impossible, la mise et le maintien en possession du gage exigés par l'article 2076 du Code civil, résultent de la remise et de la détention du titre aux mains du créancier. »

Mais depuis lors, la jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine s'est ressaisie, toutes les décisions survenues ultérieurement en font foi ; le danger résultant de l'absence de publicité effective était trop évident, et les conséquences de cette clandestinité étaient trop contraires à l'équité pour ne point provoquer un revirement.

D'ailleurs les tribunaux de commerce étaient déjà bien peu disposés à admettre dans les faillites des situations privilégiées au profit de quelques créanciers dans la masse pour en augmenter le nombre, si des textes formels n'autorisaient pas de causes nouvelles de préférence.

Le 9 janvier 1892 (2) commence la lutte ouverte entre les juridictions consulaires et les Cours d'appel.

Le fonds de commerce, dit le tribunal de commerce de

(1) Cass. req., 13 mars 1888, précité, D. 1888.1.351, *Gaz. Pal.*, 1888.1.649.

(2) Trib. com. Seine, 9 janvier 1892, *Pand. fr.*, 1893.2.13.

la Seine, est le gage commun des créanciers du commerçant, qui l'exploite, il engendre la foi des tiers, et il ne peut dépendre d'un acte resté sans publicité, et par conséquent ignoré des intéressés, de distraire ce fonds de l'actif de la masse des créanciers.

Si le débiteur, qui donne en gage son fonds de commerce, continue à l'exploiter, le nantissement est nul. En droit, le contrat de gage est réel, il est de l'essence de ce contrat que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi ; or dans l'hypothèse, il n'y a pas eu remise du gage, conformément aux prescriptions de l'article 2076 du Code civil ; il convient donc de reconnaître que le contrat de gage, dont il s'agit, ne satisfait pas aux conditions de dessaisissement, qui seules justifient le privilège attaché à la qualité de créancier gagiste.

Au sujet de cette décision, MM. Magnier et Pruvost (1) font remarquer que le tribunal de commerce de la Seine est trop absolu, trop étroit, et que, s'il avait tort en 1891 de déclarer le nantissement du fonds de commerce toujours possible aux conditions de l'arrêt du 13 mars 1888, il avait tort également de prétendre en 1892, que le fonds de commerce ne peut jamais être donné en gage.

Le 24 août 1893 (2), le tribunal de commerce de la Seine eut l'occasion d'affirmer une seconde fois sa nouvelle doctrine. Il est à remarquer que ce jugement fut confirmé en appel (3), par arrêt du 26 février 1895 ; mais la Cour de Paris n'entendait nullement abandonner l'opinion de la Cour de cassation, elle admettait seulement le

(1) Magnier et Pruvost, *œuv. cit.*, p. 36 et 37, v. la note.

(2) Trib. com. Seine, 24 août 1893, S. 1897.2.89.

(3) Paris, 26 février 1895, S. 1897.2.89.

dispositif du jugement que commandaient les circonstances particulières de la cause. Le syndic n'avait pas manqué en effet de faire valoir que, dans l'hypothèse, le créancier nanti s'était volontairement dessaisi du fonds, en autorisant formellement et par écrit son débiteur à vendre ledit fonds de commerce. Dans ces conditions, l'article 2078 du Code civil qui refuse au créancier nanti le droit de disposer du gage pouvait bien permettre de déclarer déchu le créancier.

Depuis cette époque, les tribunaux de commerce ne discutent même plus la conception du fonds de commerce comme universalité juridique ; ils se placent plus particulièrement sur le terrain de la publicité à donner au nantissement dans l'intérêt des tiers (1).

Il faut que le débiteur se dessaisisse, et qu'il se dessaisisse ostensiblement, dit le tribunal de commerce de St-Etienne (2). La loi exige le dessaisissement pour créer une sorte de publicité ; si dans le nantissement du fonds de commerce, la partie visible et concrète du fonds reste entre les mains du débiteur, le dessaisissement des éléments matériels est fictif, par conséquent clandestin et l'esprit de la loi n'est plus satisfait.

En 1896, le tribunal de commerce de la Seine (3) va encore plus loin et décide que dans l'état de la législation, le nantissement d'un fonds de commerce est nul dans tous les cas, parce qu'il est radicalement impossible. La possession d'un fonds de commerce ne consiste

(1) Trib. com. Seine, 13 décembre 1894 et 26 février 1895, *Journ. des faill.*, 1895, p. 81 ; 6 août 1895, *Gaz. Pal.*, 1895.2.348 ; 18 janvier 1896, S. 1897.2.89.

(2) Trib. com. St-Etienne, 10 janvier 1894, *Journ. du Pal.*, S. 1897.2.89.

(3) Trib. com. Seine, 18 janvier 1896, S. 1897.2.89.

pas seulement dans la détention d'un objet mobilier ou d'un droit incorporel, mais bien d'un ensemble d'objets mobiliers et de droits incorporels, formant un tout indivisible, qui doit, pour ne point périr, être géré, administré d'une façon continue et ininterrompue. Or, les nécessités et les conséquences de cette gestion sont un obstacle insurmontable au dépôt pur et simple aux mains du créancier de la chose donnée en gage.

En admettant pour un temps que le dessaisissement soit possible, la situation qui en résulterait ne comporterait que deux hypothèses : remise du fonds de commerce au créancier, ou bien remise du fonds de commerce à un tiers convenu.

Mais le créancier ne peut pas gérer le fonds pour son propre compte, il ne peut pas non plus le gérer aux risques et périls de son débiteur sans être le mandataire de celui-ci, ce qui rendrait fictif le dessaisissement.

D'autre part, si la gestion du fonds de commerce était confiée à un tiers convenu, la situation serait identique à la précédente. Dès lors, si le nantissement du fonds de commerce sans dessaisissement est nul comme contraire aux prescriptions de la loi en matière de gage, ce nantissement avec dessaisissement est également nul, parce que l'irresponsabilité du gérant et du titulaire du fonds de commerce vis-à-vis des tiers est une condition impossible, laquelle rend nul le contrat qui en dépend (art. 1172, C. civ.).

Ainsi, on se trouvait en pratique dans une situation extrêmement embarrassante.

La jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel avait cru pouvoir admettre, pour favoriser l'extension du crédit, le nantissement du fonds de commerce

en le soumettant à des formes pratiques, qui ne gênaient point son exploitation.

Mais cette concession faite, dans l'intérêt général du commerce, cette jurisprudence tombait inévitablement sous le coup de critiques sérieuses reposant sur les résultats funestes d'une sûreté nouvelle non encore organisée. La solution du problème n'était point du ressort de la jurisprudence et la séparation marquée entre les juridictions d'appel et les tribunaux de commerce eut pour résultat de prouver la nécessité d'une intervention législative, vœu réalisé par la loi du 1^{er} mars 1898.

L'idée première de cette loi revient à M. Buvignier, qui fit voter le 19 juin 1893 la prise en considération d'une proposition de loi sur le nantissement des fonds de commerce.

Cette idée fut reprise par M. Millerand dans une proposition nouvelle déposée le 18 mai 1895 et qui fit l'objet d'un rapport de M. Millerand lui-même, lu à la Chambre des députés le 5 novembre 1897 (1).

La proposition de loi répondait seulement à cette question : « Le fonds de commerce est-il susceptible de faire l'objet d'un contrat de gage ? et à quelles conditions ? »

Concilier l'opinion des tribunaux consulaires avec la doctrine de la Cour de cassation reprise et défendue par les Cours d'appel, était chose impossible ; le rapporteur proposait un troisième système, qui, en admettant le principe de la validité du nantissement du fonds de commerce, donnait à ce contrat la forme d'une hypothèque.

L'article 2075 du Code civil était ainsi conçu :

« Le privilège énoncé en l'article précédent, ne s'éta-

(1) *Journal officiel*, 1898, Annexe, *Doc. parl.*, Chambre, n° 2274, p. 93.

blit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

La proposition de M. Millerand se contentait d'y apporter cette addition :

« En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public, tenu à cet effet au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. »

Le législateur se proposait ainsi de faire « cesser la contradiction parvenue à l'état aigu entre les tribunaux consulaires et les Cours d'appel pour donner au commerce les garanties de sécurité qu'à bon droit il réclame ».

En somme, la réforme consistait à reconnaître au débiteur pour qui le fonds de commerce constitue une part importante du patrimoine, le droit de l'engager comme tout autre élément de sa fortune au mieux de ses intérêts. L'inscription du nantissement sur les registres du greffe créait une publicité destinée à faire disparaître la clandestinité dont le privilège se trouvait entaché dans le système de la Cour de cassation.

L'idée d'organiser une publicité efficace pouvait déjà ressortir des travaux de la doctrine sur la question. MM. Magnier et Pruvost jugeaient cette réforme indispensable ; mais ils se demandaient si ce n'était point entraver la pratique du nantissement des fonds de commerce que de soumettre ce contrat à la publicité. Le commerçant convaincu d'avoir engagé son fonds ne se verrait-il pas refuser tout crédit et cette opération ne le conduirait-elle pas à la ruine ? Et les mêmes auteurs

réfutaient eux-mêmes l'objection en émettant cette idée que si l'on avait pu jusqu'alors considérer comme frauduleux le nantissement des fonds de commerce, au moins l'organisation d'une publicité aurait contribué à effacer ce préjugé.

M. Albert Wahl présentait également cette solution dans une note de jurisprudence reproduite dans le *Recueil de Sirey* (1897.2.89) sous quelques décisions recueillies sur la matière.

Le rapporteur proposait une addition à l'article 2075 du Code civil plutôt qu'aux articles 91 et 92 du Code de commerce ; mais il n'y avait là, disait-il, qu'une question secondaire, à laquelle il ne fallait pas attacher une importance qu'elle ne comportait pas. D'ailleurs, l'article 91 du Code de commerce vise l'article 2075 du Code civil, et puisque le Code civil contient les règles essentielles du contrat de gage, il est légitime d'y inscrire une condition nouvelle exigée à peine de nullité.

Quant au délai dans lequel l'inscription devait être prise, la proposition était muette sur la question. Il était inutile de le fixer, au dire de M. Millerand ; le Code civil n'avait pas davantage fixé de terme pour l'enregistrement du contrat de gage, et d'ailleurs la célérité des contractants à répondre aux exigences de la loi était garantie par l'intérêt qu'ils avaient, à rendre leur pacte opposable aux tiers.

La publicité par voie d'inscription sur un registre du greffe, était préférée à celle des journaux judiciaires, parce qu'étant plus discrète, elle ne laissait pas moins aux tiers intéressés le moyen de se renseigner exactement.

Enfin, la publicité était déjà imposée pour l'hypothèque

des navires ; un projet sur les warrants agricoles y avait également recours ; les législations étrangères, notamment le Code de commerce allemand dans son article 309 et le Code fédéral suisse, dans son article 210 en ont fait aussi l'application (1).

C'étaient autant de bonnes raisons, qui militaient en faveur de la proposition de loi. Elle fut votée à la Chambre des députés sans modifications, elle le fut même sans aucune observation.

Présentée au Sénat, elle fut l'objet d'un rapport très étudié de M. Thézard, qui sous quelques réserves de détail concluait à l'adoption de la réforme projetée.

Après avoir établi en principe la nécessité d'une certaine publicité en matière de garanties réelles, M. Thézard résumait brièvement l'état de la jurisprudence sur la question du nantissement des fonds de commerce, montrant comment ses efforts se contrariaient en pure perte.

Par identité de motifs, on pouvait, disait-il encore, étendre la nécessité de la publicité à la cession même des fonds de commerce ; mais la question pouvait de ce fait présenter de multiples aspects, auxquels il y avait lieu de s'arrêter pour étudier l'application de cette réforme d'une manière plus approfondie ; or il ne convenait pas de retarder le vote d'une loi si ardemment désirée par le commerce.

Mais, si le texte était juste dans son principe et clair

(1) Le Code fédéral suisse (art. 210) admet la possibilité d'un gage sans déplacement sur les bestiaux. Ceux-ci restent en la possession d'un débiteur sous la condition d'une publicité effectuée au moyen d'une inscription sur un registre spécial appelé : « Pfandbuck ». V. Bellon, *œuv. cit.*, p. 102.

dans ses termes, il paraissait néanmoins utile d'y ajouter quelques mots pour préciser nettement l'intention des auteurs de la loi. Ainsi la nullité qui sanctionnait la publicité requise ne pouvait être opposée par les parties entre elles ou par les parties aux tiers. Y avait-il nécessité de le dire expressément ? M. Thézard le croyait, afin de tarir dans leur source des contestations stériles (1).

Dans un autre ordre d'idées, le texte tel qu'il était voté par la Chambre des députés, commençait par les mots : « En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra... »

M. Thézard demanda la suppression des mots : « En outre ». La première formule ajoutait la publicité par voie d'inscription au greffe à la condition exigée par l'article 2075, § 1 : la notification du titre au débiteur ; or M. Thézard faisait de la publicité « une condition indépendante et se suffisant à elle-même ».

La portée de cette modification s'étendait plus loin puisqu'elle supprimait, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, qui exigeait la mise de l'objet donné en gage en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

Ainsi, en traçant pour la dation en nantissement des fonds de commerce des règles appropriées à leur nature, le législateur supprimait les exigences inutiles et sans objet auxquelles la pratique avait dû se résigner.

L'article 2075 du Code civil était ainsi complété :

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un

(1) Rapport de M. Thézard, *J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, 1897, Annexe 94, p. 809.

registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité, »

La proposition ainsi modifiée fut présentée au Sénat puis à la Chambre des députés et définitivement adoptée. Elle est devenue la loi du 1^{er} mars 1898 complétant l'article 2075 du Code civil (1).

L'étude du nantissement du fonds de commerce peut se diviser en quatre parties :

Chapitre I^{er}. — Eléments qui composent le fonds de commerce et nature juridique du fonds de commerce.

Chapitre II. — Conditions de validité du nantissement du fonds de commerce.

Chapitre III. — Des caractères et des effets du nantissement du fonds de commerce.

Chapitre IV. — De l'extinction du nantissement du fonds de commerce.

(1) Proposition de M. Millerand, 18 mai 1895, Annexe 1324, *J. off.*, 19 août 1895, p. 516 ; Rapport sommaire de M. Laurençon, 17 juin 1897, Annexe 2523, *J. off.*, 28 décembre 1897, p. 1406.

CHAPITRE PREMIER

DES ÉLÉMENTS QUI CONSTITUENT LE FONDS DE COMMERCE. —
NOTION JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE.

SECTION I. — Notions préliminaires.

La notion juridique du fonds de commerce n'est précisée dans aucun texte législatif, et elle est demeurée, jusque dans ces derniers temps, étrangère aux investigations de la science doctrinale. Elle commence à faire l'objet d'assez nombreuses études, mais dont les conclusions s'harmonisent peu. Les auteurs s'efforcent de préciser cette notion encore flottante, comprenant combien il est indispensable de définir nettement le fonds de commerce pour lui attribuer sa véritable valeur de circulation et de crédit. L'examen rapide de ces théories, qui ont trouvé un certain écho dans la jurisprudence, constitue un préliminaire obligé à l'étude des difficultés, que soulève la loi du 1^{er} mars 1898.

L'économie du fonds de commerce se dégage aisément des faits d'observation. Pour transformer les matières premières qu'il reçoit, en marchandises propres à la vente, l'industriel met en œuvre tout un matériel, tout un outillage. Pour placer les produits de sa fabrication, il met à profit les relations qu'il s'est créées. Pour attirer et retenir une clientèle qui recherche sa marchandise, il désigne sa maison de commerce sous son propre nom ou

sous une appellation de nature à frapper l'attention du chaland. Il consent à supporter la charge d'un important loyer, pour fixer le centre de ses affaires dans un quartier fréquenté, dans une rue de grande circulation. Si son génie commercial découvre un procédé nouveau de fabrication, il s'en assure le monopole ; si ses produits rencontrent la concurrence, il cherche à mettre l'acheteur à l'abri de toute confusion.

Bref, pour développer son industrie, il ne néglige rien. Mais tous ces éléments d'affaires ont une valeur, puisqu'ils sont une source de prospérité commerciale ; et parce qu'ils tendent tous ensemble à assurer le succès de l'entreprise, la pratique les comprend sous une désignation commune qui les englobe tous : le fonds de commerce !

Fonds de commerce ; comment expliquer le choix de cette expression ? Pourquoi ce mot « fonds », que notre droit réserve ordinairement aux héritages, aux immeubles ? ce patrimoine commercial n'a pourtant point de caractère immobilier nettement précisé.

Mais le mot « fonds » a encore un autre sens, il désigne aussi le capital qui demeure, par opposition aux intérêts, qui se dépensent pour les besoins journaliers de la vie. C'est ainsi que l'on dit : « Placer de l'argent à fonds perdu » ; ce qui signifie que l'on abandonne un capital moyennant un droit temporaire à des arrérages d'un taux élevé. Le fonds de commerce rapporte aussi des bénéfices, dont l'emploi sert à payer l'intérêt des capitaux engagés, à permettre les améliorations, que commande l'installation, à augmenter le bien-être du commerçant... Ces bénéfices sont le produit du fonds de commerce comme les intérêts sont le produit d'un

capital, et quand les bénéfices ont servi à tout payer, il reste le fonds, la source, qui demeure productive de nouveaux revenus.

Enfin on dit : « Fonds de commerce ». L'expression est d'une exactitude très relative. Il y a des exploitations industrielles, qui certainement peuvent faire l'objet de nantissements. Inversement, fait remarquer M. Thaller (1), « il existe des fonds qui ne relèvent nullement du droit commercial, ceux des artisans ou de certaines carrières libérales ».

Une définition nette et précise du fonds de commerce pouvait trouver place dans la loi du 1^{er} mars 1898. Mais on a voté cette loi, sans même se préoccuper de savoir si on était d'accord sur la notion juridique du fonds de commerce ; cette abstention n'a pas manqué de provoquer de très sérieuses controverses ; peut-être trouve-t-elle son excuse dans la difficulté à concevoir et à exprimer une idée scientifique et pratique du fonds de commerce.

SECTION II. — Quels sont les éléments qui entrent dans la composition du fonds de commerce ?

Dans toute exploitation commerciale, on trouve une série plus ou moins complète d'éléments économiques différents ; mais les situations pratiques présentent une variété, pour ainsi dire infinie, qui tient à la nature des entreprises, à leur développement, à leur étendue, en sorte qu'une énumération de tous les éléments susceptibles de constituer le fonds de commerce risque d'être

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édit., p. 63, § 79.

imparfaite. Il vaut mieux les classer en deux catégories : les éléments matériels et les éléments immatériels.

Les éléments matériels du fonds de commerce comprennent d'abord le matériel d'exploitation, machines, ustensiles divers, mobilier industriel, chevaux et voitures... et en second lieu les marchandises neuves ou en cours de fabrication, qui font l'objet du trafic commercial.

C'est une question discutée que de savoir si les livres de commerce, la correspondance commerciale font partie du fonds de commerce, et deviennent la propriété du cessionnaire du fonds. La jurisprudence paraît incliner en faveur de l'affirmative (1).

Des éléments immatériels le premier est l'achalandage ou la clientèle. L'achalandage se définit ordinairement la réunion des clients, qui fréquentent habituellement la maison, en tant que la confiance dont cette habitude fait preuve, devient une source de bénéfices estimable en argent et cessible. Cette confiance du public, qui tient au passé d'honneur et de probité, dont le nom et l'enseigne du fonds sont l'affirmation, occupe une place importante dans les éléments constitutifs du fonds. L'achalandage, c'est la vie du fonds de commerce, en le développant, le négociant étend ses relations d'affaires.

Certains auteurs craignent cependant d'exagérer l'importance relative de l'achalandage. M. Lèbre (2) affirme

(1) En ce sens : V. Cass. req., 22 mai 1889, D. 1889.1.370 ; Paris, 24 décembre 1890, D. 1893.1.33. Néanmoins certaines décisions ont soutenu que le vendeur d'un fonds de commerce a le droit de recevoir toutes les lettres dont l'adresse porte son nom : Amiens, 9 décembre 1892, D. 1893.1.33 et la note 9 ; Dalloz, *Code des lois administratives et politiques*, t. V, p. 1200, § 796 et § 799.

(2) G. Lèbre, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*,

que les éléments, qui contribuent, par leur réunion, à former le fonds de commerce, sont indépendants les uns des autres, et qu'on peut concevoir un fonds sans matériel ni marchandises, sans enseigne... et à la rigueur sans achalandage. Ce serait le cas d'un établissement qui vient d'être créé et n'a pas encore été ouvert au public, ou d'un établissement fermé depuis plusieurs mois et dont on vend les marchandises et l'agencement.

Cette conception n'est pas exacte. Toute entreprise implique nécessairement, au moins à l'état embryonnaire, un achalandage, c'est-à-dire une chance, une possibilité d'affaires, qui tient aux conditions d'agencement, de situation de la maison, de réputation du commerçant... L'achalandage n'est pas seulement la réunion des pratiques attachées à l'établissement (1), c'est l'ensemble des relations habituelles ou possibles qui peuvent exister entre le fonds de commerce et le public (2).

Et c'est ce qui a fait dire à MM. Lyon-Caen et Renault que l'achalandage était un élément essentiel pour qu'il y eût vente de fonds de commerce (3). M. Thaller est aussi catégorique : « Vendre un fonds de commerce c'est vendre une clientèle. » Et il ajoute que la partie la plus importante de l'obligation de garantie du vendeur c'est la défense qui en résulte pour lui de ressaisir sa

p. 2, n° 1, et dans le même sens : Catalan, *De la condition juridique des fonds de commerce*, p. 60.

(1) G. Lèbre, *œuv. cit.*, p. 4, § 3.

(2) En ce sens Gombeaux, *De la condition juridique des fonds de commerce*, p. 76.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 180, § 243.

clientèle : c'est la base même de l'interdiction de se rétablir (1).

L'achalandage est bien un élément essentiel au fonds de commerce ; mais la prospérité qu'il communique au fonds tient à une série d'autres facteurs qui sont comme l'accessoire de l'achalandage lui-même et contribuent puissamment à en développer l'importance.

C'est ainsi que le nom même du commerçant ou l'enseigne qui symbolise aux yeux du public les traditions de la maison, les marques de fabrique, ou désignations spéciales aux produits de l'établissement, les modèles et dessins de fabrique, les brevets, secrets de fabrication, médailles et diplômes..., n'ont pas d'autre rôle que de procurer à la marchandise la vogue du moment et mériter assez la confiance du public pour assurer un certain avenir au fonds de commerce lui-même.

Enfin, l'importance du chiffre d'affaires est également due à la situation favorable qu'occupe une maison. Cet élément nouveau, on le désigne parfois sous le nom de droit au bail (2). Le fonds de commerce se fixe, se localise dans un immeuble ; mais la propriété de l'immeuble ne passe point avec le fonds lui-même sur la tête du cessionnaire du fonds, c'est seulement la jouissance de l'immeuble, l'occupation des lieux, en tant que l'exploitation du fonds dans tel ou tel quartier, dans telle rue de passage détermine le succès de ce fonds. Si le cédant est propriétaire de l'immeuble, il le louera à son cessionnaire ; mais s'il est lui-même locataire, il lui transmettra

(1) Thaller, *œuv. cit.*, p. 63, § 83. — Cpr. Ch. Simon, *Des fonds de commerce*, p. 61 ; Boistel, *Précis de droit commercial*, § 429, p. 288.

(2) V. Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 94 et 95.

le bénéfice de son bail et voilà comment s'explique la dénomination de droit au bail.

Tels sont les éléments susceptibles de rentrer dans la composition du fonds de commerce. Bien qu'en fait, le fonds de commerce se présente avec une certaine individualité, il y a de sérieuses difficultés à vaincre pour en déterminer la notion juridique, car non seulement on ne rencontre pas toujours les mêmes éléments économiques mais ces éléments considérés isolément ne se présentent pas invariablement avec la même importance ; et telle valeur, qui, en certains cas, joue un rôle prédominant, passe au second plan dans une autre hypothèse. C'est la conclusion qui ressort de l'étude comparative des éléments du fonds de commerce (1).

SECTION III. — Développement historique de la notion juridique du fonds de commerce.

L'ensemble des différentes valeurs groupées autour de l'élément principal, la clientèle ou l'achalandage, ne forme pas un tout nettement organisé, cette union mal définie d'éléments d'importance essentiellement variable suivant les circonstances a toujours résisté à une notion claire et précise.

C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles le problème est demeuré étranger aux préoccupations des législations anciennes.

La théorie des universalités plus complexe, plus abs-

(1) Cpr. E. Nantet, *Des fonds de commerce*, p. 16 et suiv. ; Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 97 et suiv.

traite naturellement que celle des corps simples, s'il est permis d'appliquer cette expression aux choses du droit, n'est apparue à Rome qu'assez tard. Ce fut sous l'influence des doctrines philosophiques de l'école stoïcienne (1), que l'on admit une division tripartite des choses suivant leur degré d'unité et de cohésion : 1° les choses absolument simples comme une pierre, un esclave ; 2° les choses composées de la réunion matérielle de plusieurs parties en un bloc, comme un édifice, un navire... désignées sous le terme de *universitates rerum cohaerentium* ; 3° les choses collectives composées de plusieurs objets restés indépendants et constitués en une unité seulement par leur destination commune, ainsi un troupeau... c'étaient les *universitates rerum distantium*. Mais cette notion de l'*universitas* ne s'est guère développée, et les textes qui s'en occupent ne visent pas la *mensa* ou la *taberna* ou la *merx pecularis*, termes qui exprimaient l'idée première du fonds de commerce.

D'autre part, le commerce à Rome n'avait pas pris grande extension ; cela tenait à la défaveur qui s'attachait à l'exercice des professions commerciales et se traduisait par un certain mépris pour ceux qui s'y livraient. L'aristocratie romaine dédaignait pour elle-même cette source de lucre et la condition juridique de l'esclave, à qui elle était abandonnée, ne permettait pas qu'il en tirât un profit personnel.

Notre ancien droit ne fournit pas de données plus complètes pouvant servir à la construction juridique de la notion du fonds de commerce. Les institutions politiques

(1) Girard, *Précis de droit romain*, « De la division des choses », p. 237. Le texte fondamental est celui de Pomponius, D., liv. 41, tit. 3, loi 30 de *usurp. et usucap.* : *Tria autem sunt genera corporum...*

de l'époque féodale ne favorisaient pas davantage l'exercice du commerce. Sous un régime de vassalité, qui impose la hiérarchie des terres et de leurs tenanciers, d'où le suzerain tire une source féconde de profits pécuniaires, le droit d'exploiter un commerce quelconque n'est point libre, mais subordonné à l'autorisation du seigneur qui ne l'accorde que moyennant finance (1).

D'autre part, l'organisation corporative inspirée par une idée de protection à la fois pour le producteur qu'elle mettait à l'abri d'un abaissement exagéré du profit ou du salaire, et pour le consommateur garanti contre la mauvaise fabrication des produits, aboutissait à une réglementation rigoureuse, à peu près exclusive de toute condition de progrès. Elle sacrifiait la liberté du travail (2), rendait impossible l'émulation et la concurrence, alors que la notion du fonds de commerce ne se peut concevoir que si le commerçant est libre et seul maître de son fonds (3).

On ne trouve pas du reste dans notre ancien droit, de théorie d'ensemble du fonds de commerce. Les éléments du fonds de commerce ont bien leurs caractères juridiques, mais encore leur importance est-elle bien différente de celles que la doctrine moderne leur attribue. D'abord, ce sont les éléments corporels qui prédominent : matériel d'exploitation, marchandises. En raison de « l'extrême limitation du nombre des apprentis, limitant du même coup le nombre des ouvriers, les patrons sont réduits à n'avoir qu'une boutique (4) ». Les applications

(1) Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 164.

(2) Esmein, *Histoire du droit français*, III^e partie, chap. VII, sect. III, p. 699.

(3) En ce sens : V. Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 167.

(4) J. Simon, *Le travail*, p. 71.

des formes diverses de la propriété industrielle sont de création moderne, la notion de l'achalandage est presque ignorée (1).

Les établissements industriels et commerciaux n'apparaissent plus importants et susceptibles de développement rapide que grâce à la persévérante initiative de Colbert et aux mesures qu'il prit pour favoriser l'extension du commerce français. Mais les exemptions d'impôts, les remises totales ou partielles des droits d'entrée sur les matières premières, les concessions de terrain pour la construction d'ateliers, voire même l'anoblissement de quelques exploitants... tous ces privilèges imaginés par Colbert ne triomphèrent pas des préjugés de la noblesse qui continua à attacher une certaine défaveur à l'exercice des professions industrielles et commerciales (2).

Ce sont ces divers obstacles économiques, nés du milieu social et des institutions de l'époque, qui ont entravé l'évolution normale de la conception juridique du fonds de commerce. Sans doute, ces obstacles ont pu s'atténuer avec le temps, mais il en est resté des traces appréciables jusqu'à la fin de l'ancien régime.

SECTION IV. — Notion moderne du fonds de commerce.

§ 1. — Le fonds de commerce est une universalité.

La loi du 28 février 1872 énumère incidemment, et dans une disposition d'ordre fiscal, un certain nombre

(1) En ce sens : V. Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 176

(2) En ce sens Hartmann, *Introduction historique au traité précité* de G. Lèbre, p. 50.

d'éléments qu'elle suppose englobés dans le fonds de commerce. Ce sont l'achalandage, le droit au bail, le matériel, les marchandises neuves. La loi du 1^{er} mars 1898 est muette sur la question ; la jurisprudence incertaine. Certains arrêts définissent le fonds une universalité juridique (1), d'autres, une universalité de fait (2). Avant d'entreprendre la discussion des théories en jeu, il faut s'entendre sur le sens de ces expressions.

Le mot « universalité » par lui-même n'a pas de sens juridique nettement déterminé. C'est un terme commode pour désigner un ensemble, un groupement d'éléments différents. Que cet ensemble forme un bloc, un tout, ayant un caractère distinct, une existence propre, ou qu'au contraire, il ne soit que la réunion de facteurs divers assemblés par leur destination commune, mais conservant leur individualité, leur nature, peu importe, il y a toujours universalité ; mais pour en préciser le caractère et en définir le sens, dans le premier cas on dira « universalité juridique » ou « universalité de droit », et dans le second « universalité de fait ».

Encore convient-il de ne point confondre les termes d'universalité de droit et d'universalité juridique.

L'universalité juridique désigne un bloc d'éléments divers, un tout parfaitement susceptible d'être traité d'une façon uniforme dans l'exécution d'un contrat.

L'universalité de droit précise davantage encore. Elle désigne un ensemble de droits mais comprend les obli-

(1) Trib. com. des Andelys, 6 novembre 1900 et Besançon, 20 mars 1901, D. 1901.2.97.

(2) Trib. com. Flers, 15 mars 1900 ; Amiens, 7 juillet 1900 ; Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, rapportés dans Dalloz, 1901, 5^e cahier, II, 97.

gations corrélatives. C'est un patrimoine avec ses biens meubles et immeubles, mais aussi avec ses créances et ses dettes propres, comme l'hérédité. Si le fonds de commerce est une universalité de droit, il a une existence distincte des unités qui le composent, tandis que l'universalité juridique ne constitue pas de patrimoine séparé possédant un actif et un passif propres, juridiquement circonscrits et se transmettant de plein droit à l'acquéreur du fonds de commerce (1).

Mais il importe de remarquer que sur ce point, le langage employé est loin d'avoir toujours la précision désirable (2).

Il y a des auteurs qui confondent ces deux termes et pour qui le caractère d'universalité juridique, attribué au fonds de commerce, l'assimilerait à une succession universelle entraînant de plein droit le transport des créances et des dettes sur la tête de l'acheteur, sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres conceptions pour justifier ce résultat (3). Dans la conclusion de son rapport au Sénat, M. Thézard emploie les deux expressions ; adoptant l'opinion de l'arrêt du 13 mars 1888, suivant laquelle le fonds de commerce constitue une « universalité juridique », un ensemble indivisible, il termine par ces mots : « En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit... nous supprimons par là même les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner. »

(1) *Répertoire alphab.*, Fuzier-Herman, V^e *Fonds de commerce*, t. 22, p. 840, § 48 ; Cpr. Gombeaux, *œuv. cit.*, pp. 36 et 37.

(2) Catalan, *œuv. cit.*, p. 46.

(3) Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, § 13, p. 27 ; Nantet, *Des fonds de commerce, vente et mise en gage*, p. 23.

§ 2. — Le fonds de commerce constitue-t-il une
universalité de droit ?

Certains auteurs allemands ont soutenu, avec quelques divergences de détail, que le fonds de commerce constituait une universalité de droit, un patrimoine affecté à une destination particulière et spéciale, isolé juridiquement du reste des biens de l'exploitant, ayant une condition juridique indépendante, en sorte qu'il en résulte une séparation de fait, à laquelle correspond en droit une indépendance complète, manifestée par la constitution d'un actif et d'un passif propres (1).

Cette manière de voir a été quelque peu partagée en France par de bons auteurs, notamment MM. Magnin et R. Saleilles ; mais de l'aveu même de M. Saleilles, cette théorie n'est point l'expression de droit positif français (2).

Le fonds de commerce peut-il être traité comme personne morale, support de droits et d'obligations, vivifié par la commune destination de toutes les valeurs, qui concourent à sa composition et lui font ainsi acquérir une sorte de capacité et d'autonomie ?

Cette opinion crée une autre personne à côté de l'individu commerçant, ou plutôt elle réduit le rôle de ce dernier à celui d'un employé ou d'un gérant du fonds. Elle cherche pourtant un appui dans ce fait que déjà la

(1) Au point de vue qui nous occupe, il est sans intérêt de présenter l'étude de chacun des systèmes défendus. Nous renvoyons sur ce point aux études qui ont été faites spécialement sur la condition juridique des fonds de commerce : Gombeaux, Catalan, *œuv. cit.*

(2) Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 32.

qualité de commerçant n'est pas sans avoir pour conséquence de faire naître une certaine dualité chez l'individu qui l'a acquise. « Il y a, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1), dans le commerçant deux hommes, en ce sens qu'il ne se livre pas seulement à l'exploitation de son commerce, mais qu'il fait aussi des actes juridiques étrangers à son commerce. » Il en résulte que la condition nécessaire d'une déclaration de faillite est la suspension des paiements des dettes commerciales (2).

Quelle que soit l'importance des engagements civils laissés en souffrance, tant qu'il n'y aura pas impossibilité ou refus d'acquitter les engagements de commerce, ce fait sera sans influence sur la situation du négociant. Mais survenant la déclaration de faillite, la séparation entre créanciers civils et créanciers commerciaux s'évanouit. La situation nouvelle s'étend à tout le patrimoine du débiteur ; aucune distinction n'est admise entre les biens affectés à des exploitations différentes (3).

D'ailleurs la doctrine se refuse à admettre, même au seul point de vue de l'administration, la possibilité des faillites multiples pour le même individu. « Il n'y a qu'un failli : c'est sa personne qui est déclarée en faillite, ce ne sont pas les établissements qui lui appartiennent (4). »

La loi française elle-même repousse cette prétendue séparation, qui doit s'opérer entre le patrimoine commercial et le patrimoine extra-commercial, puisqu'elle im-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 4, § 193.

(2) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. VII, § 62 ; Thaller, *œuv. cit.*, § 1726.

(3) Catalan, *Condition juridique du fonds de commerce*, p. 33 ; Fuzier-Herman, *Rép. alphab.*, V^o *Fonds de commerce*, t. 22, p. 840, § 41 et 42.

(4) Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, t. 5, p. 42.

pose au commerçant l'obligation de tenir comptabilité non seulement des opérations de son commerce, mais encore de tout ce qui se rapporte aux dépenses de sa maison, de tout ce qui regarde sa fortune civile (art. 8, C. civ.).

§ 3. — Le fonds de commerce constitue-t-il une universalité juridique ou une universalité de fait ?

Les valeurs économiques, qui concourent à la composition du fonds de commerce, présentent-elles une homogénéité telle que l'ensemble qu'elles forment puisse être considéré comme un objet unique dans les contrats formés pour la cession, le nantissement... du fonds ?

Ou bien, au contraire, le fonds de commerce n'est-il qu'un groupement d'éléments économiques différents reliés par leur commune destination, mais conservant leur individualité, leur nature propre, en sorte que la cession ou le nantissement du fonds ne soient que la cession ou le nantissement d'une série d'éléments variés, soumis aux formalités qu'impose le caractère particulier de chacun d'eux ?

M. Thaller tait remarquer que la tendance à rassembler en une universalité juridique les divers éléments, qui servent à l'exploitation, n'est pas heureuse. « Personne ne conteste qu'en fait, quand le fonds change de main, la clientèle, les marchandises, le droit au bail... passent au cessionnaire ; mais, si on considère le fonds comme constituant une universalité juridique, il n'y a pas de raison pour n'y faire point rentrer d'autres éléments. Ainsi par exemple, dans le cas d'une entreprise établie sur un terrain et dans des locaux dont le vendeur est

propriétaire, la transmission devrait porter sur l'immeuble lui-même. Or personne n'a jamais soutenu que l'immeuble faisait partie intégrante du fonds de commerce, au sens juridique du mot (1). »

Cette notion de l'universalité juridique ne paraît pas toujours nettement comprise. Ainsi on trouve des auteurs qui tendent à séparer du fonds de commerce envisagé comme universalité juridique, le matériel d'exploitation et les marchandises (2), tandis que suivant d'autres, il y aurait un intérêt pratique considérable à soutenir la théorie de l'universalité juridique, parce qu'en la supposant définitivement admise, il n'y a plus à hésiter, les marchandises neuves ou en cours de fabrication font nécessairement partie intégrante du fonds de commerce (3). Il en est même qui vont plus loin encore et pour qui le premier résultat de « cette orientation nouvelle des idées juridiques serait de mettre fin à toutes les discussions que soulève aujourd'hui, dans les cessions de fonds de commerce, la question du transfert des créances et des dettes (4) ».

En vérité, l'effort des auteurs à construire juridiquement la notion du fonds de commerce, à le traiter comme universalité juridique, s'explique bien par certaines indications de la réalité pratique.

Ainsi, par exemple, on peut relever que si, dans bien des cas, la cession du fonds de commerce comprend les

(1) Thaller, *œuv. cit.*, § 85 ; Fuzier-Herman, *V^o Fonds de commerce*, t. 22, p. 841, § 63.

(2) Montier, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, p. 29, § 48.

(3) Magnin, *œuv. cit.*, p. 29, § 13.

(4) Magnin, *œuv. cit.*, p. 27, § 13.

médailles ou autres récompenses industrielles, en fait on distingue celles qui ont été obtenues personnellement par le cédant et celles qui ont été plutôt décernées à la maison de commerce (1).

De même à propos des contrats ou marchés en cours, la jurisprudence a été amenée à distinguer suivant que le sujet du contrat est le commerçant, pris comme individu, ou plutôt comme chef du fonds (2).

Mais si ces exemples peuvent conduire à d'intéressantes solutions au point de vue juridique, il importe de ne pas conclure à la nécessité d'une conception théorique du fonds de commerce que ne peuvent justifier les principes de notre droit auxquels elle est absolument étrangère. S'agit-il du problème de la condition juridique des marchandises et du matériel, à quoi servirait la notion de l'universalité juridique? Ainsi que nous le démontrerons plus loin, il n'y a nul besoin de cette fiction pour étendre les effets du nantissement aux marchandises.

Non seulement le fonds de commerce n'est pas une personne morale, un patrimoine propre ou un pécule commercial, mais il ne constitue pas une universalité juridique; dans l'état actuel de notre droit, on ne peut logiquement l'envisager que comme une universalité de pur fait.

On invoque, il est vrai, contre cette opinion, des argu-

(1) Dalloz, *Supp. au Rép.*, V^o *Industrie et commerce*, § 521 et suiv.

(2) Spécialement en matière de contrats d'édition; V. Paris, 20 avril 1894, D. 1894.2.241; Trib. civ. Seine, 4 juin 1896, D. 1898.2.73.

En matière de cession d'entreprises théâtrales: Dalloz, *Rép.*, V^o *Théâtre*, § 238, et Dalloz, *Supp. au Rép.*, V^o *Théâtre*, § 85; V. Catalan, *œuv. cit.*, p. 50 et 51.

ments d'analogie. Le premier est tiré du caractère particulier que présente le fonds social. Le fonds social forme, dit-on, le gage exclusif des créanciers commerciaux en ce sens que, sur ce fonds, ils sont préférés aux créanciers personnels, qui ont traité en dehors des affaires commerciales de l'associé.

En second lieu, les partisans de l'universalité juridique citent encore la séparation des patrimoines comme exemple d'universalités constituées au sein du patrimoine unique et affectées à une destination déterminée, garantissant l'acquittement de certaines obligations (1).

Enfin, M. Magnin ajoute qu'au point de vue rationnel, rien ne s'oppose à ce qu'un individu, qui fait le commerce à lui seul, puisse faire deux parts dans son patrimoine, l'une consacrée à la garantie de ses obligations ordinaires, civiles, et l'autre qu'il affecterait à son commerce pour former le gage de ses créanciers commerciaux (2).

En laissant de côté toute question de législation et en se cantonnant sur le terrain du droit positif, il faut rejeter une conception qui n'a aucune base légale et qui ne s'appuie que sur des institutions, qui ont une raison-d'être toute spéciale (3).

La condition particulière du fonds social s'explique par cette considération qu'il importe de défendre l'actif social contre le gaspillage, que l'associé ferait de son propre patrimoine. « Le commerçant, qui n'a point d'associés, dirige avec une entière maîtrise ses diverses natures de biens. Il dépend de lui, pour conserver son crédit, de ne point se charger, en dehors de son com-

^a (1) Magnin, *œuv. cit.*, p. 22, § 14.

(2) Magnin, *œuv. cit.*, p. 22, § 10.

(3) Catalan, *œuv. cit.*, p. 41.

merce, d'engagements, qui finiraient par inquiéter ses fournisseurs en affaires... Mais dans une société, il convient de préserver tous les associés et chacun d'eux contre les maladresses et les faux calculs de l'un quelconque d'entre eux... (1). »

D'ailleurs, il n'est point permis de constituer de société commerciale, sans avoir publié le taux et l'importance des apports, sans quoi il serait extrêmement facile au commerçant de faire passer les valeurs dont il dispose, de l'un de ces patrimoines dans l'autre.

La séparation des patrimoines est une mesure de protection toute particulière au profit des tiers qui ont contracté avec le *de cujus*. Elle consiste à empêcher l'hérédité de se confondre avec le patrimoine de l'héritier grevé de charges et de dettes. Que les créanciers héréditaires, qui, du vivant de leur débiteur, pouvaient compter sur un paiement intégral, soient désintéressés sur l'actif net de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, qui n'avaient à espérer qu'un dividende, rien n'est plus naturel (2). Et encore la séparation des patrimoines est un bénéfice légal, il fallait un texte pour déroger au principe de la confusion des patrimoines résultant de l'acceptation d'une succession (art. 878, C. civ.).

Quelle que soit l'importance du lien de fait qui unit les divers éléments du fonds de commerce, il n'en est pas moins vrai que tous restent indépendants les uns des autres (3). La théorie de l'universalité juridique est abso-

(1) Thaller, *œuv. cit.*, 1^{re} édit., § 204, p. 137.

(2) A. Ferrand, *Séparation des patrimoines*, p. 9, thèse 1901.

(3) V. note de M. A. Wahl précitée, sous Paris, 26 février 1895, S. 1897.2.89.

lument inutile pour expliquer l'union d'une certaine quantité d'objets ou valeurs par leur commune destination. Du reste, l'exploitation d'une entreprise agricole comprend absolument comme le fonds de commerce une série d'éléments distincts, qui tous convergent vers un même but ; et pourtant on n'a jamais songé à lui imputer le caractère d'universalité juridique.

La forme du nantissement des fonds de commerce présente l'intérêt le plus saillant peut-être des théories en jeu sur la nature juridique du fonds de commerce.

Si le nantissement a autant d'objets distincts que le fonds de commerce comporte d'éléments, les formes du contrat doivent s'adapter à la nature de chacun d'eux, et la loi du 1^{er} mars 1898 n'a pu avoir pour effet que de suppléer à l'insuffisance des formes ordinaires du gage appliquées au fonds de commerce, en y ajoutant une condition de publicité, destinée à prémunir les tiers contre les conséquences désastreuses du contrat.

Au contraire, si le fonds de commerce constitue, malgré la diversité des éléments dont il est composé, une universalité juridique, en sorte qu'il doive être considéré comme un objet unique dans les contrats de vente, de nantissement... il n'y a plus de difficulté à admettre que la loi du 1^{er} mars 1898 a substitué, pour le nantissement des fonds de commerce, une condition de publicité unique, nécessaire, mais suffisante, à toutes les formalités, que pouvait exiger la jurisprudence en s'inspirant des dispositions de nos Codes sur le gage.

SECTION V. — La loi du 1^{er} mars 1898 et la notion courante du fonds de commerce.

Il n'y a plus de doute possible, déclare M. Bellon (1), la loi du 1^{er} mars 1898 reconnaît que le fonds de commerce constitue une universalité juridique.

Ce point n'est pourtant pas certain ; mais bien que le texte de la loi ne fournisse aucune donnée, les travaux préparatoires de la loi sont assez explicites et sont favorables à cette opinion.

« L'article unique de la loi est muet sur la nature même du fonds de commerce, dont il régleme la mise en gage. En réalité, le législateur a surtout voulu faire œuvre pratique et il ne s'est nullement préoccupé de préciser la notion du fonds de commerce. La seule question qu'on puisse se poser, est celle de savoir si, par le fait même qu'une seule formalité suffit pour la mise en gage des divers éléments du fonds, ce fonds n'acquiert pas lui-même une nature particulière (2). »

C'est sur les termes mêmes employés par M. Thézard dans la conclusion de son rapport (3), que s'appuie principalement l'opinion, qui reconnaît désormais au fonds de commerce le caractère d'une universalité juridique.

En effet, le rapporteur de la commission sénatoriale, après avoir montré l'intérêt de la réforme proposée, affirme expressément que cette modification aux règles

(1) Bellon, *Du nantissement d'un fonds de commerce*, p. 116.

(2) Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 261 et 262.

(3) Rapport de M. Thézard, *J. off.*, 20 février 1898, *Doc. parl.*, Sénat, 1897, Annexe 94, p. 809.

traditionnelles du gage aboutit à donner au fonds de commerce le caractère d'une universalité juridique :

« Il fallait, pour arriver à ce résultat, combler une lacune de la loi ; il fallait constituer une substance et une individualité juridique à cette valeur. qu'on nomme un fonds de commerce... (1). »

« Le fonds de commerce est un ensemble indivisible, continue M. Thézard ; c'est par le caractère de cet ensemble qu'il faut déterminer la règle à suivre : les objets particuliers, qui y sont compris, ne sont que des accessoires ou des instruments, qui doivent suivre le même sort.

« Il est évident que les meubles corporels, outillage ou marchandises ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste : ce serait incompatible avec l'idée de simple nantissement ; la difficulté, quant à ces meubles, se résout précisément par la conception de l'universalité juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés... »

Enfin M. Thézard conclut : « En donnant aujourd'hui droit de cité au fonds de commerce parmi les universalités de droit, et en traçant pour sa dation en nantissement des règles appropriées à sa nature, nous supprimons par là même, les exigences inutiles et sans objet auxquelles il avait fallu se résigner. »

M. Magnin applaudit à cette conclusion, et il estime qu'il est désormais permis de voir dans le fonds de commerce, une sorte de pécule commercial séparé, par sa destination même, des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs, et dont l'aliénation

(1) Rapport Thézard, *J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, 1897, Annexe 94, p. 809, D. 1898.4.20.

comporte, de plein droit, cession à l'acquéreur des créances et des dettes qui en dépendent.

Cette conception nouvelle enlève tout intérêt aux anciennes controverses. Si la jurisprudence antérieure exigeait des formalités multiples, c'est qu'il était encore malaisé de ramener, à cette époque, les divers éléments du fonds de commerce à l'unité d'un patrimoine spécial, mais la loi du 1^{er} mars 1898, qui les remplace toutes par une formalité unique et facile à remplir, autorise la doctrine à donner au fonds de commerce une existence juridique (1).

Mais réfléchit-on bien à la nécessité de professer une opinion qui se soutient par les conséquences pratiques qu'elle prétend justifier, mais non par les principes de notre droit, auxquels elle est absolument étrangère ?

D'abord l'esprit ne conçoit pas bien que le législateur soit obligé de recourir à la création d'un personnage artificiel, pour obtenir certains résultats pratiques. La personnalité juridique est une fiction, un procédé d'investigation scientifique, ou encore un procédé de conception, d'exposition, d'enseignement ; elle ne peut pas être un procédé législatif (2).

De fait, jusqu'à nos jours, remarque M. de Vareilles-Sommières (3), le législateur n'a jamais prétendu créer de personne fictive. On n'en trouve aucune mention ni dans les actes législatifs de Rome, ni dans les monuments de l'ancien droit, ni, jusqu'en 1884, dans les textes du nouveau droit français.

(1) Magnin, *œuv. cit.*, p. 20, § 9.

(2) « De la personnalité civile » (extrait de la *Revue de Lille*, 1900), M. de Vareilles-Sommières.

(3) M. de Vareilles-Sommières, *œuv. cit.*

« Si le législateur reconnaissait formellement la personnalité civile, semblant ainsi croire, sur la foi de l'École, qu'il a le pouvoir de la créer et des raisons de le faire, il ne créerait rien du tout (1). »

Car, en fait, la transmission des créances et des dettes relatives au fonds est pratiquement toujours exclue ; dans les aliénations de fonds de commerce, une clause formelle écarte les créances et les dettes.

D'autre part, s'agit-il du problème de la condition juridique des marchandises et du matériel, à quoi servirait la conception proposée de l'universalité de droit ? Il n'y a nul besoin de cette fiction pour étendre les effets du nantissement du fonds de commerce aux marchandises qui en dépendent, ainsi qu'il sera démontré au cours de cette étude.

Une opinion tout opposée prétend, au contraire, que la loi du 1^{er} mars 1898 n'a fait que fixer un point de procédure, qu'elle n'a pas entendu résoudre le problème difficile de la nature propre du fonds de commerce.

Cette théorie paraît plus exacte ; mais il est fâcheux que des décisions judiciaires soient allées si loin dans cette voie, qu'elles n'aient trouvé dans la mesure de publicité nouvellement requise, qu'une formalité nouvelle s'ajoutant à celles que la jurisprudence exigeait (2).

Pour ne point adopter l'opinion défendue par M. Magnin, il n'était pas nécessaire de restreindre si étroitement la portée de la loi du 1^{er} mars 1898. Ces deux théories extrêmes doivent être repoussées.

(1) M. de Vareilles-Sommières, *œuv. cit.*

(2) Paris, 2 novembre 1898, D. 1899.2.196 ; Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1900.2.109 ; Paris, 23 mars 1900, D. 1901.2.101 ; Trib. com. Seine, 29 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.2.30 ; Trib. com. Seine, 5 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.622.

« Faire du fonds de commerce un patrimoine indépendant eût été, dit M. Gombeaux (1), une réforme importante, renversant complètement les idées admises par la pratique et même par la doctrine française. On ne saurait admettre que cette solution pût résulter de la loi de 1898, alors que, ni dans le texte, ni dans les travaux préparatoires, personne n'a jamais fait allusion à cette idée. »

« Sans doute, M. Thézard a parlé d'universalité juridique et d'universalité de droit, et il a même comparé le fonds de commerce à l'hérédité. Mais, outre que nous connaissons l'élasticité de ces formules, le rapporteur lui-même n'a jamais attaché à ces expressions le sens qu'on leur prête. Il s'est toujours référé à la notion courante du fonds de commerce, et il a simplement voulu dire que les éléments de cet ensemble forment un bien unique. »

Le rapporteur s'est surtout inspiré des idées courantes, dont la tendance est certainement de voir dans le fonds de commerce une universalité juridique. L'unique inscription requise par la loi pour la mise en gage de tous les éléments du fonds dérive aussi de la même conception, et les termes mêmes dans lesquels s'est exprimé M. Thézard ne permettent guère de doute à ce sujet.

Il est donc permis de conclure, que le législateur de 1898 a considéré le fonds de commerce comme une universalité juridique, c'est-à-dire comme un ensemble de biens, soumis au moins quant au nantissement, à une condition de publicité unique.

(1) Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 265.

SECTION VI. — **Nature mobilière du fonds de commerce.**

En vue d'étendre le plus possible l'application des lois protectrices de la fortune immobilière, l'ancien droit considérait comme immeubles les fonds de commerce érigés en offices (1).

En ce qui concerne la détermination de la nature des fonds de boutique, les arrêts de Parlement témoignent d'une certaine divergence de vues. Ainsi un arrêt du Parlement de Besançon du 26 août 1641 décide que « les marchandises, qui composent un fonds de boutique, forment un seul tout et que ce tout forme une universalité, qui devient un immeuble fictif... » Mais un arrêt du même Parlement du 21 juillet 1781 range un fonds de boutique parmi les biens mobiliers d'une succession (2).

Dans le droit moderne, c'est un point sur lequel tout le monde paraît d'accord : le fonds de commerce est de nature mobilière (3). Si l'on a cru à une certaine époque

(1) « La coutume de Paris, art. 95, et la coutume d'Orléans, art. 485 disposent que « Office vénal est réputé immeuble ». Ces coutumes, en déclarant immeubles les offices, leur avaient néanmoins laissé quelque chose, qui tenait de la nature des meubles, en disant que, lorsqu'ils étaient vendus par décret, le prix en devait être distribué au sou la livre, comme celui des biens meubles ; mais l'édit du mois de mars 1683 a rendu immeubles les offices quant à tous effets, en ordonnant que le prix s'en distribuerait par ordre d'hypothèque, comme celui des immeubles. » Pothier, édition Bugnet, t. VII, p. 90, § 92.

(2) Arrêts cités par MM. Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 178, note 1.

(3) Duranton, *Contrat de mariage*, 3^e édit., t. 1^{er}, p. 160, § 129 ; Planiol, *Précis de droit civil*, t. 1, p. 337, § 240 ; Nantet, *œuv. cit.*, p. 27 ; Lordereau, *œuv. cit.*, p. 22 ; C. Simon, *œuv. cit.*, p. 16 ; Cata-

que l'achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter était une opération civile, ce n'est point parce que l'on considèrerait le fonds de commerce comme un bien immobilier, il y avait une raison d'ordre différent. On prétendait en effet que l'acquisition du fonds ne comportait pas pour le cessionnaire la qualification de commerçant, qui suppose l'exercice habituel d'actes de commerce. Ce motif a été d'ailleurs reconnu faux et la jurisprudence s'est modifiée (1).

La raison qui détermine M. Boistel à attribuer au fonds de commerce le caractère mobilier, c'est qu'il n'y a, dit-il, aucun motif pour le déclarer immeuble (2).

M. Lèbre se décide dans le même sens parce que les éléments dont se compose le fonds de commerce sont tous mobiliers. Or, disent MM. Aubry et Rau (3) « on ne doit pas considérer comme revêtant un caractère immobilier des meubles de même nature, réunis en quantité plus ou moins considérable pour servir à une destination commune et qui forment ce qui s'appelle une universalité de fait... »

Cette réponse n'est pas pleinement satisfaisante, car c'est précisément une question de savoir si le fonds de commerce ne peut pas comprendre des éléments immo-

lan, *œuv. cit.*, p. 66 ; Aubry et Rau, 3^e édit., t. II, p. 20, § 164 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 177, § 240 ; Thaller, p. 59, § 171 ; Demolombe, *De la distinction des biens*, t. 1, § 274. Dans le même sens : Trib. com. Flers, 15 mai 1900 ; Rouen, 25 juillet 1900 ; Paris, 1^{er} août 1900... rapportés dans Dalloz, 1901, 5^e cah., II, p. 97 et suiv. et la note de Ch. Robert ; Grenoble, 14 novembre 1900 et Dijon, 27 mai 1901, D. 1901, 24^e cah., II, p. 470.

(1) Thaller, 2^e édit., § 71 et 78.

(2) Boistel, p. 288, § 429.

(3) Aubry et Rau, *œuv. cit.*, 3^e édit., t. II, p. 20, § 164.

biliers. Les partisans de l'affirmative disent qu'en effet on signale ordinairement comme élément du fonds de commerce le droit au bail ; or on peut parfaitement supposer que le négociant ou surtout l'industriel, au lieu d'occuper l'immeuble d'un tiers, possède en pleine propriété les locaux servant à l'exploitation (1).

L'hypothèse peut se présenter ; mais pratiquement en ce cas, on sépare toujours la propriété de l'immeuble de la propriété du fonds de commerce, toute autre solution aboutirait à des conséquences inacceptables. Qui oserait soutenir, dans le silence du contrat de vente du fonds, que l'immeuble où réside le siège de l'exploitation est cédé avec le fonds de commerce (2) ?

Une autre situation présente de plus sérieuses difficultés. Des biens mobiliers dépendant du fonds de commerce peuvent se trouver immobilisés par destination. L'article 524 du Code civil ne vise expressément que le cas de meubles affectés à une exploitation agricole ou industrielle ; mais on ne peut douter que l'immobilisation puisse avoir lieu également par destination commerciale (3).

On admet généralement que le matériel d'une exploitation, l'agencement, par suite de l'affectation spéciale dont ils sont l'objet, s'incorporent juridiquement à l'immeuble sous les deux conditions suivantes : que le bâtiment ait été construit et aménagé uniquement pour les besoins de l'exploitation envisagée, et que les objets mo-

(1) Fuzier-Herman, précité, V^o *Fonds de commerce*, t. 22, p. 838, § 6.

(2) Thaller, *œuv. cit.*, p. 66, § 85 ; Catalan, *œuv. cit.*, p. 66.

(3) Baudry-Lacantinerie, t. I, p. 668 et 1255, *Précis de droit civil*, 6^e édit.

biliers, qui s'y trouvent, aient été placés par le propriétaire même du bâtiment et possèdent le caractère d'éléments nécessaires à l'exploitation (1).

La jurisprudence hésite, la Cour de Caen avait admis l'immobilisation (2) ; la Cour de Toulouse l'a rejetée (3) ; la Cour de cassation y trouve une question de fait et d'intention (4).

Mais alors si l'immobilisation de certains éléments du fonds de commerce peut juridiquement se produire (5), la conséquence qui en résulte est une scission entre les éléments du fonds, la plupart mobiliers, mais dont certains revêtent un caractère différent résultant de leur assimilation à l'immeuble dont ils sont les accessoires. Un grave conflit peut donc s'élever entre l'acquéreur de l'immeuble ou le créancier garanti par une hypothèque sur l'immeuble, et le créancier garanti par le nantissement du fonds de commerce.

Les inconvénients pratiques de ces conséquences ont amené quelques auteurs à repousser le principe de l'immobilisation par destination (6). Et voici comment ils rai-

(1) Fuzier-Herman, V^o *Fonds de commerce*, t. 22, p. 838, § 7.

(2) Caen, 1^{er} avril 1879, S. 1880.2.331.

(3) Toulouse, 15 mai 1879, D. 1879.2.176.

(4) Cass. req., 2 août 1886, D. 1887.1.293. Il s'agit de savoir si les meubles dont s'agit sont nécessaires à l'exploitation d'un bâtiment adapté et approprié à une industrie particulière dans des conditions de spécialité telles que les constructions établies *ad hoc* ne pourraient servir à aucune autre destination, à moins d'y apporter des changements, qui détruiraient précisément leur organisation primitive et essentielle, et entraîneraient des dépenses importantes. V. note sous Cass., 2 août 1886 précité. — Cpr. Cass. civ., 9 novembre 1885, D. 1886.1.125.

(5) Thaller, 1^{re} édit., p. 59, § 72.

(6) Magnin, *œuv. cit.*, p. 29, note 1 ; E. Nantet, *œuv. cit.*, p. 34.

sonnent : les objets mobiliers en question sont destinés non à l'immeuble lui-même, mais au fonds de commerce exploité dans l'immeuble. Il y a plus, l'immeuble n'a de raison d'être que pour les besoins du fonds de commerce qu'il abrite, et c'est lui qui est l'accessoire du fonds de commerce et qui, en quelque sorte s'ameublit.

D'abord, constatons que ce n'est point toujours l'immeuble qui a le moins d'importance eu égard au fonds de commerce. Et si la théorie que nous combattons tient compte de cette observation, elle mérite le reproche de ne déterminer la nature du fonds que suivant les circonstances, selon que l'élément mobilier ou l'élément immobilier prédomine ; et elle manque de fondement juridique sérieux.

M. Lordereau (1) comprend que le problème se pose pour les auteurs qui voient dans le fonds de commerce une universalité juridique ; car il faut bien attribuer à ce tout un caractère juridique unique ; mais il ne croit pas que la question doive préoccuper les partisans de l'universalité de fait, puisque, suivant leur opinion, chaque élément conserve sa nature propre, son individualité. « Nous nous étonnons, dit M. Bellon (2), que des partisans de l'universalité de fait aient cru pouvoir reconnaître au fonds de commerce une nature homogène... » Pour conclure à la nature mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle du fonds de commerce, il faut bien supposer à cette universalité une certaine homogénéité.

En effet, il y a vraiment un lien intime, qui réunit les éléments du fonds de commerce, qui les groupe autour

(1) Lordereau, *œuv. cit.*, p. 23.

(2) Bellon, *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 48.

de la clientèle, et fait des différentes valeurs, qui le composent, comme des éléments accessoires de l'achalandage. Il semble qu'il y ait plus que des unités par rapport à leur somme, que « des livres par rapport à la bibliothèque qu'ils forment, que des brebis par rapport au troupeau ». Et cette considération a entraîné nombre d'auteurs (1) à reconnaître au fonds de commerce une nature unique.

M. Gombeaux (2), qui est aussi un partisan résolu de la théorie du fonds de commerce universalité de pur fait, triomphe de l'objection. Il y a pour lui une raison péremptoire de conclure à la nature mobilière du fonds de commerce ; et cette raison tient au caractère même d'universalité que revêt le fonds de commerce. Notre droit a une tendance à classer et étendre aux universalités composées d'éléments dont les uns sont mobiliers, les autres immobiliers, la disposition de l'article 529 du Code civil, qui déclare meubles par la détermination de la loi, les actions et intérêts dans les sociétés, encore que des immeubles dépendraient des entreprises de la société.

« Malgré les inconvénients de l'immobilisation, dit M. Bellon (3), nous nous croyons obligé de l'admettre, l'article 524 du Code civil est général et son énumération est purement énonciative. »

En fait, il ne faut pas exagérer ces inconvénients. En effet, les biens meubles ne deviennent immeubles que par la volonté ou l'intention de leur propriétaire, ou de les faire servir exclusivement à l'immeuble dans lequel

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, § 240 ; Boistel, § 429, p. 288 ; Lèbre, p. 7, § 7.

(2) Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 244.

(3) Bellon, *œuv. cit.*, p. 31-32.

il les a placés, ou de les y fixer à perpétuelle demeure.

Or, en matière de fonds de commerce, la question qui se pose est seulement de savoir dans quel gage sont compris ces meubles, dans le gage du créancier hypothécaire ou dans celui du créancier nanti du fonds de commerce ?

La réponse est bien simple : dans le cas de conflit s'élevant entre deux créanciers tous deux nantis d'une possession fictive, l'ordre suivant lequel ils seront colloqués doit se déterminer d'après la date de leurs possessions respectives. Mais il y a plus, le créancier gagiste sera toujours préféré au créancier hypothécaire puisqu'il est privilégié.

Objectera-t-on qu'il est créancier privilégié sur les meubles ? et non sur des immeubles ? Mais à son égard les biens meubles en question n'ont pas changé de nature et sont restés meubles. Quand le propriétaire du fonds de commerce le confère en nantissement à son créancier, il entend lui attribuer un rang de préférence sur tous les éléments mobiliers qui concernent l'exploitation du fonds, y compris le matériel et l'outillage envisagés comme tels indépendamment de l'immeuble où ils se trouvent placés, puisque le fonds de commerce n'englobe pas l'immeuble.

Du caractère mobilier du fonds de commerce dérivent de nombreuses conséquences :

1° Au point de vue de la composition de l'actif de la communauté entre époux, puisque tous les meubles appartenant aux époux au jour du mariage, ou qui leur étoient pendant le mariage, à titre gratuit par succession ou donation, ou qu'ils acquièrent à titre onéreux, sont communs (art. 1401, C. civ.) ;

2° Au point de vue des garanties, qui protègent le vendeur du fonds de commerce. Le cédant profitera de toutes les garanties qui entourent l'aliénation mobilière : droit de rétention (art. 1612, C. civ.) ; privilège et droit de revendication (art. 2102-4°, C. civ.) ; droit de résolution (art. 1184 et 1654, C. civ.) ;

3° Les meubles ne comportent point l'hypothèque (art. 2118 et 2119, C. civ.) ;

4° La transcription de la vente pour la rendre opposable aux tiers ne s'entend qu'en cas d'aliénation immobilière ;

5° Le mineur émancipé (art. 482 et 484, C. civ.) et la femme séparée de biens (art. 1449, C. civ.) peuvent aliéner des meubles sans autorisation ni du tuteur, ni du mari ou de justice ;

6° Les règles de la saisie sont tout autres en matière mobilière et en matière immobilière ;

7° Les principes du Code de procédure civile sur la compétence des tribunaux dépendent aussi de la nature mobilière ou immobilière de l'objet du litige ;

8° Au point de vue spécial du nantissement, il semble que la loi ait voulu éviter de se compromettre, en appelant gage ou antichrèse le nantissement des fonds de commerce. Mais il n'y a jamais eu doute à ce sujet. Un auteur a même eu l'idée d'intituler « de la constitution en gage des fonds de commerce », une étude qu'il présentait sur le nantissement des fonds de commerce avant et après la loi du 1^{er} mars 1898 (1).

(1) Norbert Fouilleul, *De la constitution en gage des fonds de commerce*.

SECTION VII. — **Nature incorporelle du fonds de commerce.**

Du caractère d'universalité juridique reconnu au fonds de commerce, au moins depuis la loi du 1^{er} mars 1898, il résulte que le fonds de commerce est une valeur immatérielle, un bien mobilier incorporel (1).

On n'est pas absolument d'accord sur ce point. Certains auteurs et certaines décisions de jurisprudence (2) s'attachent spécialement aux caractères particuliers des éléments, que l'on rencontre dans chaque hypothèse. Suivant cette opinion, le fonds de commerce serait un meuble tantôt corporel, tantôt incorporel, d'après la balance, qui peut être faite des éléments corporels et incorporels du fonds (3).

L'opinion des auteurs qui voient dans l'achalandage l'élément essentiel et prédominant du fonds de commerce, arrive, par un détour, à reconnaître au fonds le caractère incorporel (4).

Bref, malgré les divergences, qui règnent dans la doctrine et la jurisprudence, la tendance générale consiste à voir dans le fonds de commerce une universalité mobi-

(1) Thaller, *œuv. cit.*, 2^e édit., § 80 ; Boistel, *œuv. cit.*, § 429, p. 288 ; Paris, 21 juillet 1892, D. 1893.2.108.

(2) C. Besançon, 20 mars 1901, *J. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 420.

(3) Cass. req., 13 mars 1888, D. 1888.1.351 ; Paris, 7 août 1897, D. 1898.2.437.

(4) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, III, § 240 ; Lèbre, *Traité théor. et prat. des fonds de commerce*, § 7, p. 7. — Cpr. Thézard, rapport au Sénat précité, *J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, 1897, Annexe 94, p. 809.

lière incorporelle, surtout depuis la loi du 1^{er} mars 1898 (1).

Cette solution emporte les conséquences suivantes :

1^o La loi du 27 février 1880, qui protège l'aliénation des valeurs mobilières, « actions, parts d'intérêts, obligations, rentes et autres meubles incorporels quelconques », appartenant au mineur en tutelle, s'étend aux ventes civiles de fonds de commerce, appartenant au mineur (2).

2^o L'article 2279 du Code civil ne trouve point son application en matière de fonds de commerce, puisque la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre », ne vise que les meubles corporels.

3^o La compétence des officiers ministériels, chargés de la vente publique des fonds de commerce, varie suivant la nature corporelle ou incorporelle.

« Il serait absurde, dit M. Wahl (3), à ce sujet, de diviser au point de vue de la vente, les divers éléments du fonds de commerce, de manière à ce que l'achalandage et les marchandises, le droit au bail et le matériel puissent appartenir à des acquéreurs différents, il faut nécessairement, pour que la vente soit possible, pour qu'elle produise du moins des résultats utiles, qu'elle soit faite en bloc par le soin d'un même officier ministériel. »

4^o Le contrat, à propos duquel la question s'est le plus souvent posée, est, sans contredit, le nantissement. La Cour de cassation, dans son arrêt du 13 mars 1888, et les Cours d'appel à sa suite ont été amenées à reconnaître le plus souvent au fonds de commerce le caractère d'un

(1) Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 252.

(2) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, § 244 bis.

(3) V. la note de M. A. Wahl, S. 1897.2.89 et suiv.

meuble incorporel ; et par conséquent, à se contenter, pour la validité du nantissement, des formalités symboliques du gage des meubles incorporels (1).

Aujourd'hui, la loi du 1^{er} mars 1898 a réglé la forme du nantissement du fonds de commerce, sans statuer sur les caractères juridiques du fonds de commerce ; mais les décisions de jurisprudence, qui ne se contentent pas de la publicité qu'elle impose, y suppléent par les formalités du gage des meubles incorporels.

(1) Paris, 7 août 1897, D. 1898.2.437 ; Paris, 2 novembre 1898, D. 1899.2.196. — Comp. Paris, 21 juillet 1892, D. 1893.2.108 ; Riom, 30 mars 1892, D. 1892.2.220 ; Paris, 22 octobre 1896, D. 1897.2.343 ; 24 décembre 1896, D. 1898.2.23.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE.

Le contrat de gage est soumis, pour sa validité entre les parties, aux conditions générales de tout contrat (1). Le consentement des parties est évidemment la première condition essentielle ; mais nous nous bornons à la signaler, car elle n'offre aucune particularité.

Au contraire, nous insisterons un peu sur les qualités nécessaires pour constituer un nantissement et sur l'objet du nantissement. Ainsi nous répondrons à ces deux questions :

1° Qui peut constituer en nantissement un fonds de commerce ?

2° Peut-on constituer en nantissement un fonds de commerce non encore exploité ?

Les formalités nécessaires pour rendre le contrat de nantissement d'un fonds de commerce opposable aux tiers, présentent un intérêt tout particulier, puisque c'est surtout en vue de protéger les tiers que le législateur est intervenu. Mais la loi du 1^{er} mars 1898 est trop peu explicite ; et c'est toujours une question de savoir si elle a supprimé toute condition de mise en possession ou s'il est encore nécessaire de remettre au créancier nanti les

(1) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, p. 204, § 266.

titres d'acquisition du fonds et de signifier le contrat de nantissement au bailleur de l'immeuble.

La loi n'exige pas non plus d'acte écrit pour la preuve du nantissement au regard des tiers. Enfin, elle ne dit pas davantage en quoi consiste l'inscription que doit requérir le créancier nanti, où elle doit être prise, dans quel délai elle doit être prise, comment elle est rendue publique.

Pour développer méthodiquement chacun de ces points, nous diviserons la matière en trois sections :

Section I. — Conditions que doit réunir le constituant.

§ 1. — Il doit être propriétaire.

§ 2. — Il doit être capable d'aliéner.

Section II. — Objet du nantissement, spécialement du nantissement portant sur un fonds de commerce non encore exploité.

Section III. — Formalités et publicité du nantissement.

§ 1. — Formalités autres que l'inscription.

1^o Faut-il un acte écrit ?

2^o Faut-il remettre les titres d'acquisition du fonds au créancier nanti, et signifier le nantissement au bailleur de l'immeuble ?

§ 2. — De l'inscription.

1^o Où elle doit être prise ;

2^o Mentions qu'elle doit contenir ;

3^o Délai dans lequel il faut la requérir ;

4^o Durée de validité de l'inscription ;

5^o Publicité du registre des inscriptions.

SECTION I. — Qui peut constituer en nantissement
un fonds de commerce ?

Pour donner une chose en gage, le constituant doit réunir deux qualités :

- 1° Etre propriétaire de cette chose ;
- 2° Etre capable de l'aliéner.

Le nantissement engendre pour le créancier gagiste l'obligation de veiller à la conservation de la chose ; il peut donc encourir éventuellement une certaine responsabilité à raison de l'inexécution de cette obligation. La conséquence toute naturelle à tirer consiste à dire que le créancier gagiste doit être capable de s'obliger ; mais comme « recevoir un gage pour sûreté de sa créance n'est qu'un acte d'administration (1) », il faut, mais il suffit que le créancier nanti ait la capacité de s'obliger quant à l'administration de ses biens.

Ces principes trouvent leur application en matière de nantissement de fonds de commerce ; mais l'étude des qualités que doit réunir le constituant, mérite plus particulièrement l'attention.

§ 1. — Le constituant doit être propriétaire du fonds
de commerce.

Pour constituer en nantissement un fonds de commerce, il faut en être propriétaire, parce que la constitution de gage implique une aliénation ; elle confère au créancier un droit réel sur la chose engagée et lui ac-

(1) Guillouard, *Du nantissement*, p. 39, § 40.

corde la faculté de faire vendre, à l'échéance de la dette, si elle n'est point remboursée. Il faut donc que le constituant soit capable d'aliéner et par conséquent propriétaire de l'objet du gage, car en principe, le propriétaire peut seul aliéner (1).

Une objection se présente à l'esprit. Le gage qui porte sur la chose d'autrui peut être considéré comme valable au moins vis-à-vis du créancier gagiste (2). L'objection est exacte pour autant qu'elle suppose que l'objet du gage soit un meuble corporel, alors le véritable propriétaire, qui revendiquerait sa chose entre les mains du gagiste, se verrait opposer la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279, C. civ.). Dans l'hypothèse d'un nantissement de fonds de commerce, l'objection n'a aucune valeur, puisque le fonds de commerce est un meuble incorporel et que l'article 2279 ne s'étend pas aux meubles incorporels.

Quel est alors le caractère de la nullité du nantissement du fonds de commerce d'autrui ?

Il est admis par la jurisprudence, et bon nombre d'auteurs l'enseignent (3), que l'hypothèque de l'immeuble d'autrui est nulle d'une nullité absolue. L'article 2129 du Code civil exige en effet comme une condition essentielle à la validité du contrat hypothécaire, que le constituant soit propriétaire de l'immeuble au moment même où il consent l'hypothèque. La préoccupation des rédacteurs, de l'article 2129 était évidemment de satisfaire au prin-

(1) Guillouard, *Du nantissement*, p. 39, § 40.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. I, p. 17, § 30.

(3) Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. II, p. 421, § 937 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. II, p. 402, § 1304.

cipe de la spécialité de l'hypothèque. Or ce principe existe aussi en matière de gage et il y a les mêmes raisons d'admettre la nullité absolue du nantissement constitué sur le fonds de commerce d'autrui. A supposer que le constituant devienne un jour propriétaire du fonds de commerce, il ne pourra même pas ratifier le contrat de nantissement, il lui faudra consentir un nouveau nantissement et faire prendre une nouvelle inscription sur les registres du greffe (1).

Rien ne s'oppose à ce que l'usufruitier ou le nu propriétaire d'un fonds de commerce confère son droit en nantissement. Dans ce cas, au jour de l'extinction de l'usufruit, le nantissement tombera, s'il a été consenti par l'usufruitier ; au contraire, il prendra plus d'extension et constituera une garantie plus complète, s'il a été consenti par le nu propriétaire.

Si le fonds de commerce est une propriété indivise, l'un des co-propriétaires peut-il le constituer en nantissement sans le consentement de ses co-indivisaires ?

Evidemment, si le nantissement n'est pas nul pour le tout, il l'est du moins pour la part, qui n'appartenait pas au constituant, *Nemo dat quod non habet*. Mais le co-propriétaire peut donner en nantissement sa quote-part ; toutefois l'efficacité de cette garantie sera subordonnée au résultat du partage ou de la licitation. Si le fonds est attribué ou adjugé à l'un des co-propriétaires autres que le constituant, le nantissement sera réputé n'avoir jamais existé, en vertu de l'effet rétroactif du partage (art. 883, C. civ.) (2).

(1) En sens contraire : Lesur, *œuv. cit.*, p. 81, § 43 ; Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. II, p. 422, § 938.

(2) Dans le même sens : Lesur, *œuv. cit.*, p. 93.

La dation en nantissement d'un fonds de commerce par l'héritier apparent est-elle valable ? La question est controversée en matière de vente et en matière d'hypothèque. Nous inclinons volontiers pour l'affirmative. C'est bien à tort que l'on prétendrait introduire dans la controverse l'article 1599 du Code civil ; car l'article 1599 n'a d'autre but que de permettre à l'acquéreur « de demander la nullité de la vente qui lui a été consentie de la chose d'autrui (1) » ; ce texte ne peut pas servir à régler les droits de l'héritier véritable contre les tiers acquéreurs qui ont traité avec l'héritier apparent.

« L'héritier apparent est propriétaire, la loi lui attribue implicitement ce titre dans l'article 136 du Code civil ; mais il n'est propriétaire que sous la condition résolutoire que l'existence du véritable ayant droit lors de l'ouverture de la succession soit plus tard démontrée ; car la loi n'attribue la succession ouverte au profit de l'absent, à ceux appelés à son défaut, que sous réserve de ses droits (2). » Donc l'héritier apparent n'a pu transférer que des droits résolubles et l'événement qui produit la résolution de son droit de propriété entraîne, par voie de conséquence, la résolution du nantissement qu'il a constitué sur le fonds de commerce dépendant de la succession (3).

§ 2. — Le constituant doit être capable d'aliéner.

Pour constituer valablement une chose en gage, il faut,

(1) Guillouard, *De la vente*, 2^e édit., t. I, p. 246, § 292.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 6^e édit., t. III, p. 860, § 1314.

(3) Lesur, *œuv. cit.*, p. 98, § 56 et la note 2.

en second lieu, être capable de l'aliéner. Pour justifier cette solution, on dit que le gage emporte une aliénation éventuelle de l'objet engagé (1).

« Les incapacités sont ici, en général, celles du droit commun. Le mineur, l'interdit, la femme mariée, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peuvent constituer de gage sans les formalités ou autorisations requises par la loi (2). »

Qu'il nous suffise d'ajouter que la dation en nantissement d'un fonds de commerce garantissant ordinairement une opération commerciale, aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce qu'elle soit consentie par le mineur habilité à faire le commerce ou par la femme commerçante. L'article 487 du Code civil exige seulement qu'il s'agisse bien « de faits relatifs au commerce » exercé par le mineur. Dans ce cas le mineur est relevé de son incapacité.

De même la femme mariée, si elle est marchande publique, peut, pour les opérations de son commerce et sans autorisation spéciale de son mari, donner en nantissement le fonds de commerce qu'elle exploite.

Jusqu'ici nous avons toujours supposé le constituant *in bonis* ; il est évident que le propriétaire d'un fonds de commerce ne peut plus, du jour de sa faillite, consentir utilement aucun gage. Notons en passant qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable incapacité ; car le failli peut s'obliger encore par ses contrats et ses délits ; mais le dessaisissement opéré par le jugement déclaratif de fail-

(1) Paul Pont, *Des petits contrats*, II, § 1071, p. 573 ; Dalloz, *Rép. alphab.*, V° *Nantissement*, p. 440, § 61.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. 1, § 14, p. 24.

lite crée une indisponibilité dans l'intérêt des créanciers. A partir de la déclaration de faillite, les actes du failli ne peuvent plus, ni directement, ni indirectement porter atteinte au droit de gage de ses créanciers ; et aucun d'eux ne peut plus acquérir le droit de préférence opposable à la masse (1).

La faillite emporte donc d'importantes conséquences en notre matière. Ainsi aux termes de l'article 446 du Code de commerce, sont nuls et sans effet, relativement à la masse... tous droits de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées, lorsqu'ils ont été consentis depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours précédents.

Donc le gage, constitué pour sûreté d'une dette antérieure, n'est nul de plein droit que si sa constitution a eu lieu pendant la période suspecte (2).

L'article 446 n'atteignant que les nantissements constitués pour sûreté de dettes antérieures ne doit pas être étendu au gage établi au moment même de la naissance de l'obligation ou pour garantir une dette future. Mais si ces actes ne sont pas nuls de droit, ils peuvent être annulés par les tribunaux, en vertu de l'article 447 du Code de commerce, s'ils ont eu lieu en connaissance de la cessation des paiements, « et à plus forte raison, s'ils ont été inspirés par la pensée frauduleuse de causer préjudice à la masse des créanciers de la faillite » (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. VII, p. 164, § 209 et 210.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. I, p. 13, § 25.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. I, p. 17, § 27.

Les mêmes principes trouvent leur application quand le débiteur a obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire (art. 24, loi 4 mars 1889).

SECTION II. — De l'objet du nantissement. — Peut-on donner en nantissement un fonds de commerce qui n'existe pas encore ?

Depuis la loi du 1^{er} mars 1898 on ne discute plus la question de savoir si on peut donner un fonds de commerce en nantissement. Les controverses qui avaient surgi à ce sujet ne présentent plus qu'un intérêt rétrospectif; nous les avons d'ailleurs examinées dans notre introduction historique.

Deux questions spéciales se posent encore relativement à l'étude de l'objet dans le contrat de nantissement appliqué au fonds de commerce : 1^o le nantissement du fonds de commerce d'autrui est-il valable ? Cette question a été précédemment résolue ; 2^o peut-on donner en nantissement un fonds de commerce qui n'existe pas encore ?

Cette seconde espèce n'est pas dénuée d'intérêt pratique. Ainsi un individu, sur le point d'ouvrir un établissement, sollicite une avance de fonds, sous forme de prêt ou d'ouverture de crédit, offrant en garantie le nantissement du fonds de commerce qu'il se propose d'exploiter. Ce nantissement est-il juridiquement possible ?

La Cour de Bourges ne l'a pas admis (1). Voici dans quelles circonstances elle eut à statuer sur la question :

(1) C. de Bourges, 29 avril 1904, *Gaz. Pal.*, juin 1904, p. 740.

Le 12 septembre 1898, un sieur Rousseau avait loué aux époux Thollé-Lemaitre une maison, située à Nevers, pour y établir un café. Le même jour, il empruntait à ses bailleurs une somme de 10.000 francs, en vue de couvrir ses frais d'installation, et leur offrait en garantie le fonds de commerce qu'il se proposait d'exploiter.

Le 19 septembre 1898, Rousseau empruntait également à un sieur Trivier une somme de 10.000 francs ; mais Trivier posa deux conditions. D'abord il voulait être muni de l'acte de bail et ensuite, il tenait à la cession à son profit du droit de priorité des premiers prêteurs, les époux Thollé-Lemaitre.

Le 23 décembre 1898, le café fut ouvert ; mais le 27 avril 1900, survint la faillite de Rousseau.

L'admission privilégiée, refusée par le syndic, fut également repoussée par jugement du tribunal de commerce de Nevers, le 25 juillet 1900, par la raison que la remise de l'acte de bail et l'inscription prise au greffe ne pouvaient rendre valable un nantissement, qui portait sur un fonds de commerce, n'existant pas encore au moment de l'accomplissement de cette double formalité.

La Cour de Bourges confirma le jugement du tribunal de commerce de Nevers par arrêt du 29 avril 1901 (1) :

« Considérant que le gage, qui porte non sur un corps certain, mais sur une chose éventuelle et future, et non existante au jour de son affectation, est dénué de valeur et ne peut produire aucun effet de droit... »

En vain le créancier Trivier faisait-il valoir que, étant en possession de l'acte de bail, son privilège devait s'exercer au moins sur le montant des loyers ; la Cour répon-

(1) C. de Bourges, 29 avril 1901, précité, *Gaz. Pal.*, juin 1901, p. 710.

dit que le fonds de commerce était une universalité juridique, indivisible, en sorte que ses éléments ne pouvaient être isolés les uns des autres, et que si le gage ne pouvait produire d'effet sur l'ensemble du fonds, il ne pouvait davantage produire effet sur une partie de ce fonds.

Cet arrêt est accompagné d'une note, mais sur le point principal de la validité d'un nantissement de fonds de commerce non encore exploité, le commentateur se borne à reproduire les considérations de la Cour.

Oui ou non, les choses futures peuvent-elles faire l'objet d'une obligation ? L'article 1130 du Code civil admet l'affirmative et pose ce principe en thèse générale dans le chapitre des conditions de validité des contrats ou obligations. Si la loi prohibe les pactes sur successions futures c'est qu'elle les trouve dangereux et immoraux.

En matière de nantissement, une objection pourrait être soulevée. « Le nantissement est un contrat réel ; il n'est parfait que par la remise de la chose ; toute tradition d'une chose qui n'existe pas encore est impossible. Il ne peut donc exister en ce qui concerne les choses futures qu'une promesse de nantissement... (1) »

Mais, dans l'hypothèse d'un fonds de commerce, il n'y a pas les mêmes raisons ; ce n'est pas un dessaisissement réel qu'exige la loi, c'est la publicité du nantissement. Ce qu'elle veut sauvegarder, c'est l'intérêt des parties et des tiers ; or si le débiteur confère en nantissement un fonds non encore exploité, qui pourra s'en plaindre ?

Le débiteur y trouvera un élément précieux de crédit à une époque difficile, où tout est à faire, et où les frais

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypoth.*, t. I, p. 25, § 36.

d'installation absorbent la presque totalité des bénéfices.

Le créancier, qui accepte cette garantie, a toute liberté pour apprécier exactement ce qu'elle vaut. Il lui appartient de s'assurer des qualités commerciales de celui qui le sollicite, des chances de succès, que présente le genre d'affaires auquel va se consacrer son emprunteur.

Enfin, les tiers ne seront pas dupes, puisque le nantissement consenti avant l'ouverture des magasins du débiteur, est porté à la connaissance de tous ceux qui ont la précaution de n'entamer aucunes relations d'affaires, sans avoir préalablement consulté les registres au greffe du tribunal de commerce.

SECTION III. — Formalités et publicité.

§ 1. — Formalités autres que l'inscription.

A. *De la nécessité prétendue d'un acte écrit.*

Le Code civil subordonne la validité du contrat de gage, à l'égard des tiers, à la rédaction d'un acte écrit constatant la convention du nantissement. C'est là une formalité essentielle à la constitution du gage (1).

La loi du 1^{er} mars 1898 parle tout simplement d'une inscription sur un registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce.

La question est de savoir si les articles 2074 et 2075, alinéa 1 du Code civil, s'appliquent à notre matière. En d'autres termes, la validité du nantissement d'un fonds

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Du nantissement, priv. et hyp.*, t. I, p. 30, § 43 et p. 34, § 48 ; Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. 3, p. 205, § 268 ; Guillouard, *Du nantissement*, p. 71, § 69.

de commerce est-elle subordonnée à l'égard des tiers, à la condition de la rédaction d'un acte écrit, ayant date certaine ?

MM. Lyon-Caen et Renault répondent : « Le fonds de commerce est un meuble incorporel, aussi la constitution en gage d'un fonds de commerce doit elle être constatée par écrit, alors même qu'elle est faite pour garantir une dette commerciale (1). »

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes acceptent la même doctrine (2) : « En ajoutant ainsi un alinéa à l'article 2075, la loi classe le fonds de commerce au nombre des meubles incorporels... En conséquence, l'efficacité à l'égard des tiers de la constitution de gage sur un fonds de commerce reste soumise à la condition de la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé, ayant acquis date certaine, renfermant les diverses énonciations exigées par l'article 2074 pour spécialiser le gage, soit quant à l'objet grevé, soit quant à la créance garantie. »

Mais pourquoi ces auteurs se montrent-ils si pressés de satisfaire aux exigences de l'article 2075, alinéa 1 du Code civil, alors qu'ils refusent de croire à la nécessité d'une signification de l'acte de nantissement que commande le même article 2075 dans le même alinéa 1 ?

« L'inscription rend certainement inutile la signification de l'acte de nantissement au bailleur, qui se faisait avant la loi du 1^{er} mars 1898, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, disent MM. Lyon-Caen et Renault (3). »

(1) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. I, § 285, p. 230.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, t. I, p. 54, § 67 *bis*.

(3) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, § 285 *bis*, p. 232.

« La publicité à peu près illusoire, recherchée par la jurisprudence dans la signification de l'acte constitutif de nantissement au bailleur de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité, est remplacée par une publicité bien plus effective, par celle qui résulte non pas de la publication dans les journaux, qui est éphémère, mais de l'inscription permanente sur un registre spécial, tenu au greffe du tribunal de commerce (1). »

Il est permis de se demander pourquoi ces honorables auteurs font l'application partielle d'un texte, qui est devenu certainement étranger à notre matière depuis la loi du 1^{er} mars 1898. Ce qui est plus topique encore c'est que, pour écarter, sous l'empire de la loi nouvelle, la nécessité de la signification de l'acte de nantissement au bailleur, les mêmes auteurs s'appuient sur ce passage du rapport de M. Thézard : « Par la suppression des mots « en outre », nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même, en matière de nantissement de fonds de commerce. »

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes exigent la rédaction de l'acte ayant date certaine, pour l'efficacité du nantissement à l'égard des tiers. Mais en quoi la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré, est-elle intéressante pour les tiers ? Il suffit aux tiers de consulter le registre des inscriptions pour se prémunir contre les fraudes possibles, les créanciers conservent la protection générale que leur accorde l'article 1167 du Code civil : la faculté de faire révoquer les actes passés par le débiteur en fraude de leurs droits.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, t. I, p. 54, § 67 *bis*.

Ils ont en outre la ressource des mesures énergiques qu'autorise l'état de faillite du débiteur, la nullité de tous nantissements consentis depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui la précèdent (art. 446 et 447, C. com.).

M. Thaller combat l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault, par des considérations d'ordre plus pratique encore :

« Il y a des centres, où les greffiers exigent, lorsqu'on les requiert d'inscrire le nantissement, la production d'un acte du gage. Cet acte est visé par eux dans l'inscription ou dans un procès-verbal annexe. Cette manière d'opérer ne laisse pas d'avoir une importance fiscale : le droit proportionnel d'obligation sera exigible de la part de l'enregistrement sur le montant de la créance, par suite de l'authenticité que donne à la convention ce visa d'officier public. Certaines protestations surgissent, le gage commercial peut s'établir verbalement (art. 91, C. com.). Ce principe n'est pas abandonné lorsque l'objet du nantissement est un fonds de commerce. D'où vient que le greffier subordonnerait l'inscription à la production d'un titre et y ferait référence ? Voilà des charges nouvelles qui retombent sur les parties sans qu'elles s'y soient attendues (1). »

La question ne nous paraît pas avoir été résolue à l'aide des véritables principes de notre droit. On peut contester que la nécessité de l'acte écrit exigé par les articles 2074 et 2075 du Code civil soit une condition essentielle à la validité du gage, bien qu'en général ce soit l'o-

(1) Thaller, *Annales de droit commercial*, août 1901, doctrine, p. 216.

pinion admise (1). Mais, de deux choses l'une : ou bien il s'agit d'une question de preuve du contrat de nantissement et alors la question se subdivise. Le nantissement, qui garantit une opération civile est civil et il est soumis, quant aux modes de preuve, à ceux requis par le Code civil. Si le nantissement garantit une opération commerciale, il est commercial et se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce, c'est-à-dire par actes publics ou sous signatures privées, par la correspondance, les livres des parties ; la preuve testimoniale peut même être admise par le tribunal ; bref, le créancier peut se contenter de recourir à l'un quelconque des modes de preuves admis en droit commercial.

Mais admet-on que les prescriptions des articles 2074 et 2075 du Code civil soient exigées pour la validité même du contrat de gage à l'égard des tiers (2), il est hors de doute que la loi du 1^{er} mars 1898 ait supprimé toutes les conditions de forme en y substituant une seule prescription destinée à rendre le nantissement opposable aux tiers, c'est-à-dire l'inscription. La seconde partie de notre étude sur les conditions de validité du nantissement des fonds de commerce fera suffisamment ressortir la preuve de cette affirmation.

(1) Guillouard, *Du nant.*, p. 71, § 69 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 205, § 268 ; Baudry-Lacantinerie, *Du nant.*, t. 1, p. 30, § 43, et p. 34, § 48.

(2) Guillouard, *Du nantissement*, p. 65, § 73.

B. — *Est-il nécessaire de remettre les titres d'acquisition du fonds de commerce au créancier nanti ? et de signifier au bailleur de l'immeuble le contrat de nantissement, ainsi que l'exigeait l'arrêt de la Chambre des requêtes du 13 mars 1888 ?*

Il s'agit de savoir si les formalités anciennes (remise des titres au créancier nanti, et signification du nantissement au bailleur de l'immeuble), exigées par l'arrêt du 13 mars 1888 et la jurisprudence qui s'en était inspirée, sont encore nécessaires.

La loi du 1^{er} mars 1898 n'y a-t-elle pas substitué une condition de publicité unique mais suffisante pour assurer la pleine validité du nantissement du fonds de commerce à l'égard des tiers ?

Cette question est encore controversée. D'après une première opinion, la condition de publicité, exigée par la loi du 1^{er} mars 1898, ne fait que s'ajouter aux formalités anciennes :

« Attendu que le contrat de gage est un contrat essentiellement réel, qu'il est de l'essence de ce contrat, que la tradition de l'objet donné en gage soit réellement effectuée et que le débiteur soit dessaisi (1). »

Il ne suffit donc pas au créancier de requérir au greffe du tribunal de commerce l'inscription prescrite par la loi du 1^{er} mars 1898, il faut encore que l'acte de nantissement soit signifié au bailleur de l'immeuble où est exploité le fonds, et que les titres d'acquisition soient remis entre les mains du créancier gagiste.

C'est à tort que l'on prétend s'exonérer de toutes formalités, sauf l'inscription sur les registres du greffe, et c'est à tort que, pour appuyer cette affirmation, on se

(1) Trib. com. Seine, 5 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.622 ; Trib. com. Seine, 29 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.2.30.

base sur ce que les mots : « En outre », insérés en tête du projet primitif, auraient disparu dans la rédaction définitive.

Bien au contraire, il est constant que la nouvelle disposition n'a eu ni pour but, ni pour effet de supprimer les principes du gage. On ne saurait induire de la seule disparition des mots : « En outre » qui figuraient dans le premier texte, où ils faisaient double emploi avec le mot « complété » maintenu dans le texte définitif, que le législateur ait voulu abroger les dispositions de la loi ancienne, alors que ces dispositions n'ont rien d'inconciliable avec les prescriptions du paragraphe additionnel inséré dans l'article 2075.

« Quelque autorité qui s'attache aux travaux préparatoires, ils ne sauraient suppléer la loi, ni prévaloir contre son texte, lorsqu'il est d'une netteté, qui ne laisse aucune place à l'interprétation du juge (1). »

Le texte même de la loi débute ainsi : « L'article 2075 du Code civil est ainsi complété... » ; c'est donc un supplément de garantie qu'annonce la loi !

On argue enfin de la place qu'occupe la nouvelle loi dans le Code civil. Si le texte en est ainsi reporté dans le Code civil, c'est la preuve que le législateur entend maintenir les règles contenues dans ledit Code civil. Et puis, à l'article 2075, alinéa 2, fait suite l'article 2076, qui prescrit « dans tous les cas » la dépossession effective du débiteur. Comment après tout cela admettre que la loi du 1^{er} mars 1898 ait introduit dans notre droit une innovation, qui révolutionne tous les principes qui régissent le gage ; qu'elle ait ainsi condamné la jurisprudence

(1) Trib. com. Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1904, 5^e cahier, II, 109.

de la Cour de cessation et des Cours d'appel alors que son texte, à la place, qu'il occupe, fait croire au contraire qu'elle la consacre définitivement ! Le législateur n'a prétendu en rien déroger aux principes, mais seulement, en ajoutant aux prescriptions générales établies, mieux sauvegarder l'intérêt des tiers en mettant à leur disposition un moyen de contrôle efficace.

Il y a d'autant plus lieu de s'étonner que le tribunal de commerce ait adopté cette opinion, que précédemment (1), il avait admis la solution contraire. Ce retour à une théorie erronée est d'autant plus incompréhensible que, avant la loi du 1^{er} mars 1898, le même tribunal refusait d'admettre la validité du nantissement des fonds de commerce même accompagné des formalités que maintenant il déclare indispensables (2).

Ce revirement ne peut s'expliquer que parce que les vœux et doléances des chambres de commerce n'ont pas laissé indifférentes les juridictions consulaires et que pour répondre aux demandes de suppression radicale d'une réforme défavorablement appréciée, certains tribunaux ont volontiers annulé une cause nouvelle de privilège, qui pouvait devenir une source d'abus (3).

Cette interprétation bizarre dans ses conséquences ne peut être admise. Il est vrai que les auteurs de la loi du 1^{er} mars 1898 n'ont pas pris toutes les précautions suffisantes pour donner au texte la précision désirable.

(1) Trib. com. Seine, 17 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.1.688.

(2) Même sens : Paris, 23 mars 1900, D. 1901.2.101 et 1^{er} août 1900, S. 1901.2.153.

(3) Paris, 2 novembre 1898, D. 1899.2.196 ; Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1901.2.109 ; Paris, 23 mars 1900, D. 1901.2.101 ; Trib. com. Seine, 29 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.2.30 et 5 novembre 1898, *Gaz. Pal.*, 1898.2.622.

« La lecture du texte n'en fait pas apparaître le véritable sens, déclare M. Beudant (1), même sans commencer par les mots « en outre », le second alinéa de l'article 2075 pourrait être regardé comme ajoutant une formalité de plus à celle que prescrit l'alinéa 1. Les travaux préparatoires permettent seuls de savoir que la pensée du législateur est contraire... »

Puisque la difficulté ne naît pas seulement de la contexture même des articles 2075 et 2076 du Code civil mais des rapports, qui existent entre eux, il n'est pas inutile d'en reproduire ici la teneur :

ART. 2075. — « Le privilège énoncé en l'article précédent (le privilège du créancier gagiste) ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières que par acte public ou sous seings privés, aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

« Tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

ART. 2076. — « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. »

Ainsi donc, en règle générale, le gage confère au créancier nanti un privilège à la condition qu'un acte public ou un acte sous seing privé dûment enregistré constate la convention. La loi s'occupe plus particulièrement des meubles incorporels et cite à titre d'exemple

(1) Ch. Beudant, *Les sûretés personnelles et réelles*, t. I, p. 141, § 166.

les créances mobilières, dont la constitution en gage peut offrir quelque difficulté.

Il est évident qu'un droit de créance ne peut faire l'objet d'une possession réelle effective, et que le dessaisissement nécessaire à la perfection du contrat de gage ne peut être que symbolique ou fictif. La tradition consiste seulement dans la remise du titre par analogie avec les dispositions des articles 1607 et 1689 en matière de vente (1).

S'agit-il de la constitution en gage d'un droit de créance, le titre doit être remis au créancier et le contrat de nantissement signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

Quant aux autres droits incorporels, spécialement les fonds de commerce, la mise en gage en est permise, mais il peut y avoir doute sur les conditions auxquelles elle est possible. Le fonds de commerce comprend en effet une série d'éléments variés, les uns corporels, les autres incorporels ; or, si pour donner en nantissement le fonds de commerce qu'il exploite, le débiteur doit soumettre respectivement chacun des éléments dudit fonds aux règles prescrites pour le nantissement des biens de sa nature, il se trouvera dans la nécessité de se dessaisir du matériel, de l'outillage, des marchandises neuves ou en cours de fabrication, de remettre le bail au créancier nanti, signifier le nantissement au propriétaire..., et pour certains éléments, d'une valeur pourtant considérable, tels que la clientèle ou l'achalandage, il ne trouvera d'autre moyen de les engager que le seul consentement constaté dans le contrat de gage ; or ce n'est pas répondre à

(1) Ch. Beudant, *œuv. cit.*, t. I, p. 136, § 164.

l'esprit de la législation du nantissement qui est un contrat essentiellement réel.

Le nantissement des fonds de commerce ne peut être un instrument de crédit, qu'à la condition :

- 1° De ne pas désagréger le fonds de commerce ;
- 2° De soumettre le nantissement du fonds de commerce à des formes telles que les tiers puissent ne pas l'ignorer.

Si les difficultés pratiques auxquelles donnait lieu l'usage de ce contrat ont appelé l'attention du législateur, telle a dû être sa double préoccupation en proposant une organisation quelconque. Elle semble bien ressortir du texte de la loi du 1^{er} mars 1898 :

1° Le nantissement du fonds de commerce en bloc est parfaitement valable ;

2° Pour prévenir les tiers de la constitution d'un privilège, qui restreint leur gage, une inscription est requise au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Voilà toute l'organisation nouvelle, et elle suffit. Si par faveur pour le crédit, la jurisprudence avait antérieurement admis la validité du nantissement du fonds de commerce, en le soumettant à des formalités faciles à remplir mais inutiles pour les parties et inconnues des tiers, la loi nouvelle supprime ces exigences stériles en faveur d'une institution de publicité qui consacre les droits des parties au regard des tiers.

Cette interprétation toute naturelle, toute vraisemblable, toute logique du texte est celle qu'ont adoptée bon nombre de décisions de jurisprudence (1).

(1) Trib. com. du Havre, 30 mai 1899, *J. des faill.*, 1900, § 3392, p. 87 ; Trib. com. de Rouen, 23 juillet 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.382 ;

C'est également celle qu'en donnent les auteurs (1).

Il reste à prouver maintenant qu'elle est la seule admissible en raison de l'esprit et du texte de la loi du 1^{er} mars 1898.

Le texte de la loi est très clair : « Tout nantissement d'un fonds de commerce.... devra.... être inscrit.... » L'article 2075 décide dans son alinéa 1 que pour les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, il faut un acte... signifié au débiteur de la créance donnée en gage ; et dans son alinéa 2, que pour le nantissement du fonds de commerce, une inscription doit être prise au greffe du tribunal de commerce.

Mais, dit-on, la loi du 1^{er} mars 1898 ne modifie pas l'article 2075 du Code civil, elle le complète, elle y ajoute une formalité nouvelle.

Si cette interprétation était exacte, elle permettrait simplement d'exiger que l'acte de nantissement soit signifié au débiteur, c'est-à-dire en ce cas le bailleur de l'immeuble, tenu de faire jouir son locataire. Ce n'est point l'article 2075 qui exige la mise en possession du gage, c'est l'article 2076 du Code civil. L'argument est donc à tout le moins insuffisant.

Trib. com. de Honfleur, 7 mars 1900, *J. des faill.*, 1900, § 3344, p. 543 ; Trib. com. de la Seine, 17 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.1.688 ; *J. des faill.*, 1900, § 3439, p. 273 ; Trib. com. Rouen, 13 juillet 1900, Sirey, 1901.2.177 et la note de M. A. Wahl ; Cour de Rouen, 2 janvier 1901, D. 1901.2.111 et la note de M. Ch. Robert ; Cour de Besançon, 20 mars 1901, D. 1901.2. 112 ; Cour de Poitiers, 1^{er} juillet 1901, *J. des faill.*, 1901, septembre-octobre, p. 411 ; Trib. civ. des Andelys, 6 novembre 1900, D. 1901. 2.107 ; *J. des faill.*, février 1901, § 3541, p. 93.

(1) Thaller, *œuv. cit.*, 2^e édit., § 1092, p. 576 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, § 285 bis, *œuv. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Des priv. et hypothèques*, t. 1, § 67, p. 33.

Mais il est faux ; une simple observation suffit à le démontrer. Toutes les fois qu'une loi entend insérer une disposition nouvelle dans une loi antérieure, notamment dans un article de nos Codes, elle ajoute les prescriptions nouvelles au texte ancien, qui se trouve de ce fait « complété ».

Les exemples sont nombreux ; il suffit de consulter les plus récentes des lois ayant trait à des questions tranchées par nos Codes, pour s'assurer de l'exactitude de cette remarque. C'est seulement lorsque les termes mêmes des dispositions existantes sont changés par les lois nouvelles, que celles-ci s'expriment de la manière suivante : « L'article... est ainsi modifié... »

La loi du 24 mars 1898, par exemple, relative aux rapports à successions, supprime plusieurs mots de l'article 843, remplace le texte de l'article 844 par une nouvelle disposition, ajoute quelques mots dans le corps de l'article 919 ; elle s'exprime ainsi :

ARTICLE UNIQUE. — Les articles 843, 844, et 919 du Code civil sont « modifiés ainsi qu'il suit :..... » (1).

La loi du 20 juillet 1899 sur la responsabilité civile des membres de l'enseignement public s'exprime au contraire en ces termes : « la disposition suivante est ajoutée à l'article 1384 du Code civil... » Or elle restreint au contraire la portée de l'article 1384 qu'elle ne déclare plus applicable aux membres de l'enseignement public.

« Attendu, dit le tribunal de commerce d'Angers (2); que vainement il est soutenu dans une opinion contraire, que l'article nouveau ayant été fait pour compléter l'ar-

(1) *J. off.* du 25 mars 1898, p. 1817.

(2) Trib. comm. Angers, 7 décembre 1900 ; D. 1901, 5^e cahier, II-108.

ticle 2075, la publicité nouvellement édictée devrait se cumuler avec les prescriptions antérieures de cet article » ;

« Qu'il faut entendre en effet ce mot « complété » en ce sens que la loi du 1^{er} mars 1898, en réglant les conditions de validité des nantissements de fonds de commerce, a voulu compléter l'organisation du gage, c'est-à-dire ajouter aux règles concernant les diverses sortes de biens meubles corporels, créances mobilières, qu'un débiteur peut donner en garantie à son créancier, celles relatives à cette autre catégorie de valeurs qui constituent l'entité juridique appelée fonds de commerce... »

En ce qui concerne la nécessité d'une mise en possession, l'article 2076, qui suit immédiatement la disposition insérée dans l'article 2075 par la loi du 1^{er} mars 1898, débute par ces mots : « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis en la possession du créancier... »

D'abord il est à noter que l'attention du législateur ne s'est point portée sur cet article ; après avoir déterminé les formes nouvelles du nantissement des fonds de commerce, devait-il se préoccuper de réviser tous les textes qui traitent des formes du gage pour réserver expressément le cas de nantissement de fonds de commerce ?

L'article 2076 n'ayant reçu aucune modification, doit être regardé comme se reportant, après comme avant la loi de 1898, aux autres hypothèses régies par le Code civil. Les mots : « Dans tous les cas » veulent dire seulement que ce texte s'applique à toutes ces hypothèses, que pour les biens meubles corporels, ainsi que le prévoit l'article 2074, comme pour les meubles incorporels, tels que des créances mobilières, comme le prévoit l'article 2075, ali-

née 1, le créancier gagiste doit toujours être mis en possession.

Mais c'est là toute la portée de l'article 2076. Il ne signifie nullement qu'il ne puisse jamais se présenter d'hypothèses exceptionnelles, où le législateur se contente d'une mise en possession purement fictive.

La critique, que présente l'opinion contraire, ne sert qu'à démontrer une fois de plus que le texte de la loi du 1^{er} mars 1898 est mal placé à la fin de l'article 2075. « Il eût été plus logique de l'insérer dans l'article 91 du Code de commerce (1). »

« C'est un comble, déclare M. Planiol, que de placer le texte, qui consacre l'hypothèque nouvelle des fonds de commerce, dans le Code civil, alors que cette réforme intéresse exclusivement le droit commercial et qu'il y a dans le Code de commerce des articles spéciaux sur le gage commercial, où la disposition nouvelle se serait trouvée au moins aussi bien placée que dans l'article 2075 (2). »

Enfin les travaux préparatoires viennent encore corroborer notre opinion.

Le texte, tel qu'il était voté par la Chambre des députés, était ainsi libellé :

ARTICLE UNIQUE : — L'article 2075 du Code civil est ainsi complété :

« En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur un registre public tenu à cet effet, au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. »

(1) Ch. Beudant, *œuv. cit.*, t. 1, p. 143, n° 1.

(2) Planiol, *œuv. cit.*, t. II, p. 799, § 2709.

Et M. Thézard (1), en supprimant les mots « En outre » explique en ces termes les conséquences importantes de leur disparition :

« D'après la proposition votée à la Chambre des députés, la publicité, par voie de mention sur un registre, était une condition s'ajoutant à celle déjà indiquée dans la première partie de l'article 2075, savoir la notification du titre au débiteur, c'est-à-dire qu'on avait maintenu la règle reconnue par l'arrêt du 13 mars 1888, la nécessité de la signification au propriétaire locateur.

« Par la suppression des mots « en outre », nous faisons de la publicité une condition indépendante et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur, elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger.

« La portée de la disposition nouvelle va plus loin, elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076, c'est-à-dire la mise de l'objet en possession du créancier ou d'un tiers.

« Cette mise en possession est en réalité incompatible avec la nature du fonds de commerce, et si l'arrêt du 13 mars 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher d'une façon quelconque aux règles du Code civil une matière que celui-ci n'avait pas prévue, et tout en laissant entrevoir par ses motifs mêmes, l'utilité d'une solution différente. »

L'opinion contraire avait bien senti la puissance de

(1) Rapport précité, *J. off.*, 1897, *Doc. parl.* Sénat, 1897, Annexe 94, p. 809.

l'argument tiré des travaux préparatoires, elle avait tenté même de l'écarter du débat.

Mais, répond la Cour de Besançon (1), il est inexact de prétendre qu'en interprétant la loi de 1898 à l'aide des travaux préparatoires, on y ajoute des dispositions que son texte ne renferme pas. Bien au contraire, les motifs tirés des rapports faits au Parlement ont pour but de démontrer qu'il ne faut rien ajouter aux dispositions mêmes de la loi, dont les termes précis et formels se suffisent à eux-mêmes en supprimant toutes les exigences de la jurisprudence antérieure.

S'il en était autrement, la loi du 1^{er} mars 1898 ne créerait pas un droit nouveau dans le but de favoriser le crédit du commerçant, mais ajouterait une nouvelle formalité à celles déjà prescrites antérieurement, et loin d'étendre la pratique du contrat de nantissement appliqué aux fonds de commerce, l'entraverait par le surcroît d'une publicité spéciale.

Quelle est enfin la conséquence juridique de cette opinion ?

Si le nantissement des fonds de commerce n'est plus soumis à la nécessité d'une mise en possession, nous sortons des règles du gage, qui est par essence un contrat réel, exigeant le dessaisissement du débiteur (2). Mais la loi peut supprimer la nécessité d'une mise en possession ; elle crée, en vérité, une sorte d'hypothèque mobilière, bien que ce gage prétendu n'ait point tous les caractères de l'hypothèque et soit notamment dépourvu

(1) C. Besançon, 20 mars 1901, D. 1901, 5^e cahier, II, 112.

(2) V. Besançon, 18 décembre 1895, S. et P. 1896.2.71 ; Cass., 18 mai 1898, S. et P. 1898.1.433 et la note de M. Lyon-Caen.

du droit de suite (1). Légalement et juridiquement, cette solution n'a rien d'impossible. Si la loi supprime toute condition de dessaisissement et organise pour le nantissement du fonds de commerce, une publicité analogue à celle de l'hypothèque, c'est qu'elle crée » peut-être sans le vouloir », disent MM. Lyon-Caen-Renault (2), une hypothèque nouvelle.

Ce n'est pas d'ailleurs le seul exemple d'hypothèque mobilière ; les lois des 10 décembre 1874 et 10 juillet 1885 ont créé l'hypothèque maritime ; et depuis la loi du 1^{er} mars 1898, une loi plus récente, du 18 juillet 1898, en organisant ce qu'elle appelle le warrant agricole a créé l'hypothèque sur les produits de l'exploitation de terrains en culture, sans exiger aucune dépossession.

L'inscription du nantissement remplit désormais l'office d'une inscription hypothécaire, elle garantit au créancier un droit de préférence opposable à tous, elle constitue depuis la loi du 1^{er} mars 1898 la condition de publicité nécessaire mais suffisante pour la pleine validité du nantissement des fonds de commerce.

C. — *Que faut-il penser d'une clause insérée dans l'acte de nantissement, et stipulant que ledit acte doit être signifié au propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds de commerce ?*

Il s'agit ici d'une clause imposée par la seule volonté des parties, et qui ajoute une formalité de plus à la condition de publicité prescrite par la loi de 1898.

(1) S. 1901, 6^e cahier, 2. 153, la note de M. A. Wahl ; dans le même sens : Planiol, *œuv. cit.*, t. II, § 2403, 2414, 2709 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, *Des privilèges et des hypothèques*, t. 1, § 81, p. 71.

(2) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, § 285 bis, p. 233.

La question peut se scinder de la manière suivante :

1° La clause est-elle valable ?

2° Si la clause est valable qui peut s'en prévaloir ?

Ces deux points sont également controversés. Mais il est bon d'observer que l'intention des parties, en insérant cette clause dans le contrat de nantissement, est de couper court aux difficultés, qui laissent la pratique incertaine sur la question de savoir si l'inscription suffit à elle seule (1).

D'après une première opinion, le gage, pour être opposable aux tiers, devrait, en ce cas, être signifié au bailleur et les tiers pourraient seuls se prévaloir du défaut de signification, s'ils n'avaient pas eu autrement connaissance du gage.

Mais ni le bailleur ni les tiers ne peuvent se prévaloir d'une clause insérée dans un acte où ils n'ont pas été parties. On objecte alors que l'article 1121 du Code civil permet les stipulations pour autrui, quand elles sont la condition de stipulations que l'on fait pour soi-même ; et on étend ce droit même au promettant (2), en sorte que, dans l'hypothèse, ce serait le débiteur, qui, en constituant en nantissement son fonds de commerce, stipulerait au profit des tiers, que le contrat leur serait inopposable, s'il ne faisait l'objet d'une signification au bailleur de l'immeuble où est exploité le fonds.

Cette objection tombe d'elle-même, car il est manifeste que si le stipulant, voire même le promettant, peuvent faire produire à leur convention des effets au profit de

(1) Paris, 14 mars 1900 et Paris 1^{er} août 1900. S. 1901.6^o cahier, 2. 153 et la note de M. Wahl sous ces arrêts.

(2) V. la note de M. Wahl sous Bordeaux, 1^{er} avril 1897, S. 1900 2.241.

personnes qui y sont étrangères, ce n'est qu'à la condition que ces personnes acceptent la stipulation à leur profit, et dans tous les cas, la stipulation pour autrui ne peut produire effet au profit des personnes indéterminées (1).

Il y a plus, la clause elle-même est inefficace. En effet, de deux choses l'une : ou bien on admet encore que malgré la loi du 1^{er} mars 1898, le système de la jurisprudence antérieure à la loi est encore en vigueur, que l'inscription ne suffit pas encore, qu'il faut de toute nécessité signifier le nantissement au bailleur ; alors quelle est l'utilité de la clause ?

Ou au contraire, on décide que la loi du 1^{er} mars 1898 a tranché la controverse, qui divisait la jurisprudence, et on admet que la loi de 1898 remplace toutes les formalités anciennement prescrites par une seule, l'inscription. Alors quelle est ici encore l'utilité de la clause ? Si le nantissement n'est pas inscrit, peu importe la signification au bailleur.

Quand la loi impose un mode de publicité, s'il est satisfait à ses prescriptions, tous les tiers sont réputés avoir eu suffisante connaissance de ce qui les concerne ; en l'espèce, si le nantissement est inscrit, personne ne peut prétendre l'ignorer sous le prétexte que la signification prescrite dans l'acte n'a pas été faite au bailleur.

Si, au contraire, le nantissement n'est pas inscrit, la clause, qui impose la signification au bailleur est encore inefficace, car les tiers, qui n'auront connu le nantissement que par la signification faite au bailleur, pourront toujours se prévaloir du défaut de publicité. Les tiers ne

(1) V. la note de M. A. Wahl sous Douai, 41 juillet 1895, S. 1898, 2.257.

sont jamais censés connaître un acte qui n'a pas été publié conformément à la loi (1).

La clause ne peut produire effet que dans un seul cas, c'est lorsqu'elle devra être interprétée en ce sens que les parties ont subordonné entre elles la validité du nantissement à la signification au bailleur. Le contrat est alors conditionnel.

§ 2. — De l'inscription.

A. — *Mode de publicité du nantissement d'un fonds de commerce. — Compétence du greffier du tribunal de commerce.*

Il y a trois modes de publicité applicables aux actes de commerce : l'affichage, l'annonce et l'inscription sur des registres publics.

L'affichage est la forme employée notamment pour la publicité des contrats de mariage. L'inconvénient de ce mode de publicité consiste en ce qu'une fois l'affiche apposée, on ne la renouvelle jamais. Les actes sont affichés par extraits sur un tableau placé dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce. Il faut peu de temps pour que ces extraits se perdent dans le grand nombre des affiches qui encombrent le tableau ; et c'est un travail épineux que de procéder à leur recherche.

L'annonce est une forme plus heureuse. Les annonces obligatoires dans les journaux portent à la connaissance du public les jugements de faillite, les actes de sociétés, les séparations de biens, souvent les ventes de fonds de commerce.

(1) Douai, 4 avril 1893, S. 1897.2.289 et la note de M. Tissier.

Ce serait un mode de publicité plus pratique s'il n'obligeait les intéressés à s'abonner à tous les journaux chargés de la publicité des annonces judiciaires et légales. Il n'y a guère que les agences de renseignements qui puissent s'astreindre à ce travail et à cette dépense.

Enfin, il y a un troisième mode de publicité légale, qui est l'inscription sur un registre tenu par un fonctionnaire public. Ce fonctionnaire public est, pour l'hypothèque, le conservateur des hypothèques, — pour le warrant agricole, le greffier de la justice de paix, — et pour le nantissement des fonds de commerce, le greffier du tribunal de commerce.

L'idée de consigner sur un registre les indications utiles à transmettre aux intéressés qui les sollicitent, est certainement excellente. « En préférant la publicité d'un registre de greffe à celle des journaux judiciaires, nous croyons servir à la fois l'intérêt du débiteur, légitimement fondé à réclamer que cette publicité nécessaire soit aussi discrète que possible, et celui des tiers, qui sauront, le cas échéant, où trouver aisément et vite les renseignements utiles (1). »

Mais le côté defectueux de l'institution, outre la lenteur des recherches, est encore la dépense qu'elles nécessitent, dépense trop importante même pour que les agences de renseignements commerciaux puissent l'ajouter au prix des indications qu'elles fournissent.

Il est vrai que ni la loi, ni aucun décret n'a rémunéré les offices des greffiers en compensation des recherches que leur impose l'innovation de la loi du 1^{er} mars 1898 ; mais il est douteux qu'en pratique ils consentent à tenir

(1) Rapport Millerand, *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1897, Annexe 2271, p. 93.

gratuitement les registres de nantissement de fonds de commerce et à renseigner sans plus de profit quiconque a recours à leur ministère.

Ce sont donc les greffiers des tribunaux de commerce qui ont mission de recevoir les déclarations de nantissement de fonds de commerce. Mais quel est le greffier compétent ? La loi répond : « le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

La réponse est très claire et se comprend sans commentaire. Il est toutefois utile d'observer que tels n'étaient point les termes de la première proposition (1). Le texte est ainsi conçu : « En outre, chaque dation en nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité, recevoir mention sur le registre public tenu à cet effet au greffe du tribunal de commerce du domicile du cédé. »

Un autre rapport lu par M. Millerand (2) présentait cette variante : « ... registre tenu à cet effet au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est sis le fonds. »

Enfin le rapport de M. Thézard au Sénat (3), ainsi que le dernier rapport de M. Millerand à la Chambre (4), en date du 15 février 1898, propose la compétence du greffier du tribunal de commerce « dans le ressort duquel le fonds est exploité ».

(1) Rapport Laurençon lu à la Chambre des députés le 17 juin 1897, *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1897, Annexe 2523, p. 1406.

(2) Rapport Millerand précité, *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1897, Annexe 2274, p. 93.

(3) Rapport Thézard précité, lu au Sénat le 23 décembre 1897, *J. off.*, *Doc. parl.*, Sénat, 1897, Annexe 94, p. 809.

(4) Rapport Millerand lu à la Chambre des députés le 15 février 1898, *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, 1898, Annexe 3034, p. 680.

C'est toujours la compétence du greffier du tribunal de commerce qui est admise ; le greffe du tribunal de commerce est en effet tout indiqué pour recevoir le dépôt des actes commerciaux, qui intéressent les tiers. C'est déjà au greffe du tribunal de commerce que s'effectue le dépôt des actes de constitution, dissolution des sociétés commerciales. D'aucuns souhaitent que les cessions de fonds de commerce soient soumises au même mode de publicité, pour épargner au créancier la surprise de se voir opposer l'aliénation du fonds consentie avant qu'il n'ait inscrit son privilège, ou de se trouver en conflit avec le vendeur du fonds non encore désintéressé.

Ce n'est pas la situation du fonds qui détermine le centre de publicité, c'est plus exactement l'endroit où il est exploité. Déterminer le domicile du fonds de commerce peut faire l'objet de discussions et conduire à l'insécurité que condamnent les exigences du commerce. Il était plus prudent de se déterminer pour la compétence du greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Sans doute l'exploitation s'étend au fur et à mesure que la clientèle s'augmente, mais cela ne change pas le siège de l'exploitation. C'est là où se traduit la vie du fonds de commerce, c'est là où se transportent les matières destinées à être vendues ou transformées.

Un commerçant peut avoir plusieurs établissements situés dans des arrondissements judiciaires différents, si tous sont englobés dans un même nantissement, la prudence conseille au créancier de requérir inscription au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve chacune des succursales.

Que dire d'un fonds de commerce qui se déplace fréquemment, d'un déballage, qui se transporte de ville en

ville, des cirques, des théâtres forains ? Le créancier devra prendre inscription au greffe du tribunal dans le ressort duquel est domicilié le débiteur ; et à défaut de domicile connu, au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur exerce sa profession commerciale au moment où il consent le nantissement.

B.— Mentions que doit contenir l'inscription.

Si on traduit « nantissement des fonds de commerce » par « hypothèque des fonds de commerce » on est bien tenté, à première vue, de rechercher dans les textes, qui réglementent l'inscription hypothécaire, les dispositions compatibles avec l'organisation de la publicité du nantissement des fonds de commerce.

Ainsi l'article 2148 du Code civil prescrit au créancier, qui veut inscrire son hypothèque ;

1^o La production de son titre ou d'une expédition de son titre ;

2^o La production de deux bordereaux identiques, fixant l'identité du débiteur, du créancier, et spécifiant nettement l'immeuble hypothéqué. Enfin les bordereaux indiquent également la date et la nature du titre, le montant de la créance.

Toutes ces prescriptions n'ont d'autre but que de faire savoir aux tiers, par qui, au profit de qui l'immeuble a été hypothéqué, et à concurrence de quelle somme.

Ce sont précisément les mêmes indications que les tiers espèrent obtenir du greffier, quand ils lui demandent si tel ou tel fonds de commerce a fait l'objet d'un nantissement.

Cependant quelque comparaison que l'on puisse établir entre l'hypothèque et le nantissement des fonds de com-

merce, il faut se garder de les assimiler trop complètement. Le but que poursuivait la loi du 1^{er} mars 1898 consistait seulement à faire connaître aux tiers l'existence d'un droit de préférence au profit d'un créancier nanti du fonds de commerce ; et de même que la mise en possession du gagiste révèle la situation privilégiée de ce créancier, de même la publicité du nantissement du fonds de commerce n'a d'utilité que pour prévenir les tiers que le fonds de commerce affecté spécialement à la garantie d'un prêt, est distrait du patrimoine, qui est leur gage commun.

Etendre à notre matière l'application de l'article 2148 serait une exigence rigoureuse et inutile (1). Mais le greffier a bien le droit, pour mettre sa responsabilité à couvert, de prendre tous les moyens utiles pour éviter d'inscrire un nantissement qui n'aurait pas été consenti par le propriétaire du fonds de commerce, et dans ce but, il fera bien d'exiger une déclaration signée du propriétaire lui-même ou sa signature sur le registre des inscriptions.

L'inscription doit-elle mentionner le nom du créancier ?

M. Montier enseigne l'affirmative (2), mais pourquoi cette exigence, qui satisfera la curiosité des tiers et n'est nullement indispensable ? Que le nom du créancier figure dans l'inscription hypothécaire, c'est rationnel, les tiers ont besoin de savoir quels sont ceux qui ont requis inscription, afin de leur permettre d'effectuer la procédure

(1) « Attendu que le rôle du greffier consiste seulement à inscrire au procès-verbal les mentions nécessaires pour qu'aucune confusion ne soit possible ni sur l'identité du débiteur, ni sur l'identité du fonds sur lequel le nantissement est consenti. » (Trib. com. de Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901, 6^e cah. 2, p. 177).

(2) Montier, *œuv. cit.*, p. 56, § 76.

de la purge. Le délaissement, la demande en radiation supposent également connu le nom du créancier.

Cette utilité ne se retrouve pas en matière de nantissement de fonds de commerce, la loi n'organise pas la purge des nantissements, et ne fournit aucun moyen de faire opérer la radiation de l'inscription.

En ce qui concerne l'indication du montant de la créance garantie, M. Montier (1) n'en explique pas suffisamment la nécessité.

Le défaut de cette mention ne porte préjudice qu'au débiteur seul, au dire de M. Ch. Robert (2), et ne saurait, en l'état actuel, être utilement invoqué par les tiers contre le gagiste, qui leur a fait connaître sans ambiguïté l'existence de sa cause de préférence.

Suivant les instructions données par le président du tribunal de commerce de la Seine, l'inscription n'a pas à mentionner le montant de la créance garantie (3).

Mais les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} mars 1898 paraissent bien peu favorables à cette opinion.

« Il faut, disait M. Thézard (4), que tous ceux qui auront à traiter avec une personne, puissent s'assurer, par un procédé facile et suivant une règle uniforme, des droits qui peuvent grever à l'avenir chaque fraction de son patrimoine et savoir par suite, quelle garantie peut encore offrir le contrat projeté avec elle. »

C'est donc que l'inscription doit fournir aux tiers le moyen de savoir pour quelle somme le fonds de com-

(1) Montier, *œuv. cit.*, p. 56, § 76-4.

(2) Note de M. Ch. Robert sous Rouen, 13 juillet 1900, D. 1901, 5^e cah., 2.103.

(3) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, § 285 *ter*, p. 234.

(4) Rapport de M. Thézard, précité.

merce a été engagé ; et l'opinion de M. Montier est très soutenable.

L'indication du montant de la créance est utile aux tiers, c'est à tort que le tribunal de commerce de Rouen soutient le contraire. Evidemment, même en l'absence de cette mention l'inscription leur dit que le fonds est engagé, et la prudence leur conseille de ne point faire fond sur cet élément de crédit ; mais ils ont besoin de savoir si le fonds de commerce est encore susceptible d'un second nantissement et, si ce renseignement leur est refusé, c'est contre le débiteur lui-même que tournera ce défaut d'indication, puisque les tiers se verront obligés d'agir à son égard comme si le fonds de commerce donné en gage garantissait une créance d'une importance égale à sa valeur de réalisation. Or le but de la loi, en autorisant l'usage d'un nouveau moyen de crédit, était assurément de permettre d'en tirer le plus grand profit possible (1).

L'omission de l'indication du montant de la créance garantie est-elle sanctionnée par une action en nullité ?

Le tribunal de commerce de Rouen (2) rappelle à ce sujet que les nullités ne se présument point et qu'il n'y a pas lieu de les admettre sans un texte qui les consacre.

M. A. Wahl (3) répond par un heureux rapprochement avec la question des nullités de forme dans l'inscription hypothécaire. En vertu de l'article 2134 du Code civil, l'hypothèque non écrite est inopposable aux tiers ; or ni

(1) Note de M. A. Wahl sous Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901, 6^e cah., 2.177.

(2) Trib. com. Rouen, 13 juillet 1900, D. 1901.2.103, S. 1901.2.177.

(3) Note de M. A. Wahl précitée, sous Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901.2.177.

l'article 2148 qui détaille les pièces à fournir au conservateur des hypothèques et les indications qu'elles doivent réunir, ni l'article 2150, qui détermine l'office du conservateur en ce qui concerne l'inscription proprement dite sur les registres, ne sanctionnent l'omission de l'une des formes prescrites en vue de l'inscription. Quelle en est la conséquence ?

On admet généralement qu'il y a lieu d'établir une distinction. D'une part, il y a des mentions non seulement utiles mais substantielles, nécessaires, en sorte que en leur absence, l'inscription ne peut produire aucun effet. D'autres sont moins importantes, elles ont pu être passées sous silence, sans que l'inscription ne puisse matériellement fournir aux tiers tous les renseignements utiles qu'ils puiseraient dans une inscription régulière. Ces formalités sont dites accidentelles par opposition aux premières qui sont sanctionnées par la nullité de l'inscription (1).

Or, en matière hypothécaire, on considère généralement l'indication du montant de la créance garantie comme substantielle ; parce qu'à son défaut les tiers ne connaissent pas la situation hypothécaire de l'immeuble. Par identité de motifs, la même solution doit s'étendre à l'inscription du nantissement des fonds de commerce.

La question de la nullité est pourtant délicate à trancher. Pourquoi trouve-t-on substantielle l'indication de la créance hypothécaire dans les bordereaux d'inscription ? C'est en vertu du principe de la spécialité de l'hypothèque. L'hypothèque conventionnelle doit être non seulement publique, mais spéciale ; spéciale quant à l'immeuble grevé, spéciale quant à la créance garantie.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. II, § 1692 et suiv., p. 833.

En matière de nantissement de fonds de commerce, trouve-t-on les mêmes principes ? Le principe de la publicité, sans aucun doute ; le principe de la spécialité du gage quant à l'objet sur lequel il porte, sans aucun doute encore, mais la spécialité quant à la créance engagée ne semble pas exigée au même titre à l'égard des tiers.

C. — Délai dans lequel doit être prise l'inscription.

« Il ne nous a point paru nécessaire, disait M. Mille-
rand dans son rapport à la Chambre des députés (1), de
fixer un délai pour l'inscription du contrat. Nous avons,
sur ce point, suivi l'exemple des rédacteurs du Code ci-
vil, qui n'ont point davantage assigné de terme pour l'en-
registrement de l'acte de gage. La célérité des contrac-
tants à exécuter les prescriptions de la loi est, dans un
cas comme dans l'autre, garantie par leur intérêt, puis-
qu'ils se trouveraient dans l'impossibilité d'opposer le
contrat de gage aux tiers, qui auraient acquis des droits
avant l'accomplissement des formalités légales. »

Un premier point ressort clairement de cet exposé : La
loi du 1^{er} mars 1898 n'a pas fixé de délai pour l'inscrip-
tion, il est contraire à l'esprit de cette loi d'en fixer un.
En conséquence, le créancier nanti a, en principe, trente
ans pour inscrire le nantissement qui lui est consenti (2).

(1) Rapport de M. Millerand, précité.

(2) Dans un jugement du 17 décembre 1900, le tribunal de Chalon-sur-Saône trouve beaucoup trop long ce délai de trente ans :

« Attendu que si la loi du 1^{er} mars 1898 ne fixe aucun délai pour l'inscription requise, le tribunal ne peut que regretter une semblable lacune, mais qu'il ne saurait admettre qu'un créancier se fasse donner en nantissement le fonds de commerce de son débiteur et ne vienne l'opposer aux tiers que lorsque ce dernier est sur le point de tomber en déconfiture, alors que ces tiers ont pu, pour lui accorder

Néanmoins le créancier a grand intérêt à requérir sans tarder l'inscription légale, s'il veut éviter la survenance d'événements, qui peuvent le mettre dans l'impossibilité d'inscrire.

Un créancier même diligent doit toujours craindre de se trouver primé par un autre, ou même de voir la garantie, qui lui était accordée, lui échapper parce que le fonds donné en nantissement a été vendu et le prix versé aux mains du débiteur (1). Mais court-il aussi le même danger que les créanciers hypothécaires eux-mêmes surpris par les événements, qui arrêtent de plein droit le cours des

crédit, se baser sur le défaut d'inscription au greffe du nantissement dudit fonds ;

« Attendu que, en complétant l'article 2075 du Code civil, et en organisant une publicité spéciale pour les nantissements de fonds de commerce, le législateur a eu surtout en vue de remédier aux inconvénients révélés par la pratique de la clandestinité du privilège. Et qu'admettre que le créancier a un délai de trente ans, pour faire inscrire son privilège, équivaldrait à créer au profit du débiteur, un crédit fictif propre à tromper les tiers et à jeter de la perturbation dans le commerce ;

« Que les tribunaux ne sauraient trop énergiquement repousser semblable théorie, qui va à l'encontre des intentions mêmes du législateur ;

« Qu'il est du devoir du créancier nanti de porter le plus tôt possible le nantissement à la connaissance des tiers... »

Trib. com. Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, *Gaz. Pal.*, 29 janvier 1901, D. 1901.2.109 et la note de M. Ch. Robert, *Journ. des faill.*, 1901, doctrine, p. 239. Les considérations que fait prévaloir le tribunal de Chalon-sur-Saône sont plutôt humanitaires que juridiques, et la doctrine les critique. Cette solution est évidemment arbitraire ; s'il y a une lacune dans la loi, il n'appartient pas aux tribunaux de la combler.

(Dans le même sens : *Annales de droit commercial*, avril 1901 ; *Bull. judic.*, p. 42 et *Journ. des faill.*, Magnier, mai 1901, p. 239.)

(1) Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, publié dans les *Annales de droit commercial*, 1899.

inscriptions : la faillite du débiteur ou sa mort suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire ?

La doctrine répond généralement qu'il n'y a pas lieu d'étendre absolument et sans aucune réserve les dispositions de l'article 2146 du Code civil à une matière qu'il n'est pas appelé à régir. Les événements qui arrêtent le cours des inscriptions hypothécaires, n'arrêtent pas nécessairement le cours des inscriptions de nantissement. Elles pourront notamment être prises malgré la mort du débiteur suivie de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire. Il n'y a ici aucune raison d'appliquer par analogie l'article 2146 (1).

Quel est en effet le motif de cette disposition ? On en donne généralement la raison suivante : c'est que le législateur a considéré probablement l'acceptation bénéficiaire comme impliquant l'insolvabilité du défunt, en sorte qu'il a été amené à assimiler l'acceptation sous bénéfice d'inventaire à la déclaration de faillite. Lorsque l'insolvabilité d'un homme décédé est devenue notoire par l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, le sort de tous ses créanciers doit être définitivement fixé d'après l'état de choses existant lors de son décès, il ne faut donc pas tenir compte des inscriptions prises après cet événement.

Cette explication se conçoit à la rigueur quand l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est volontaire. Mais dans combien de cas est-elle forcée ? Il en est ainsi quand l'héritier est mineur (art. 461, C. civ.) ou quand les héritiers de celui qui est appelé à recueillir une succession et qui

(1) Magnin, *œuv. cit.*, § 16.

est décédé avant d'opter, ne peuvent s'entendre sur le parti à prendre (art. 782, C. civ.). Il ne ressort de ces situations aucune présomption d'insolvabilité (1).

M. Colmet de Santerre donne de cette disposition une explication différente (2). D'après lui, l'inscription confirme l'hypothèque, or ne peut confirmer l'hypothèque que celui qui a la capacité suffisante pour la consentir ; et l'héritier bénéficiaire ne peut consentir une hypothèque sur un immeuble de la succession, sans perdre sa qualité d'héritier bénéficiaire.

Si ingénieuse que puisse être cette explication, elle est insuffisante et ne paraît pas exacte. En effet, où voit-on dans la loi que le débiteur ou son héritier, qui le remplace, ait un rôle à jouer dans l'accomplissement de la formalité de l'inscription ?

Toutes les explications que peuvent fournir les auteurs de cette disposition exorbitante du droit commun sont loin d'être péremptoires ; car en définitive, elles se heurtent à cette objection insurmontable : pourquoi le sort des créanciers hypothécaires, qui, surpris peut-être par la mort du débiteur, n'ont pu inscrire qu'après cet événement, va-t-il dépendre de la volonté de l'héritier, c'est souverainement injuste.

Le créancier nanti a bien plus raison de redouter l'aliénation du fonds de commerce consentie par son débiteur avant toute inscription du nantissement.

Il doit surtout éviter de se laisser surprendre par la faillite de son débiteur. Faut-il étendre au nantissement des fonds de commerce l'application de l'article 2146 ? Si

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. II, p. 705, § 1571.

(2) Colmet de Santerre, t. IX, § 119 bis.

elle est prise après le jugement déclaratif de faillite, l'inscription ne peut produire aucun effet.

L'article 448 du Code de commerce complète et aggrave même cette disposition, en décidant que toute inscription est nulle si elle est prise après l'époque de la cessation des paiements, ou même dans les dix jours qui la précèdent, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription.

Il y a donc deux situations à prévoir. Dans le premier cas, celui où l'inscription a été prise postérieurement au jugement déclaratif de faillite, elle est certainement nulle et cette nullité tient au dessaisissement du failli. Tous ses biens sont saisis entre ses mains au profit de la masse créancière ; désormais plus de compensation possible, plus de poursuites individuelles, plus de mise en possession d'un gage mobilier... plus d'inscription de nantissement, puisque l'inscription équivaut à la mise en possession d'un gage mobilier.

Que faut-il décider pour l'application de l'article 448 du Code de commerce ? Une inscription de nantissement prise après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, peut-elle être déclarée nulle, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de nantissement et celle de l'inscription ?

M. Magnin (1) déclare que le nantissement du fonds de commerce doit être traité dans les mêmes conditions que le gage et ne peut être soumis aux règles qui régissent l'hypothèque.

(1) Magnin, *œuv. cit.*, § 16.

M. Montier (1) soutient que le texte de l'article 448 ne parle pas seulement des inscriptions hypothécaires, mais aussi des inscriptions de privilèges, or il s'agit bien ici d'une inscription de privilège.

La jurisprudence n'a pas encore fourni de solutions sur la question.

L'analogie de motifs tirée de l'article 448 n'est pas certaine. En effet, qu'est-ce qu'a voulu le législateur ? Il a voulu d'une part, permettre au créancier dont le titre au privilège ou à l'hypothèque est inattaquable, d'accomplir la formalité extrinsèque de l'inscription, tant que son débiteur est encore *in bonis*, et n'est pas dessaisi de l'administration de ses biens par le jugement déclaratif de faillite. Mais, si, par le temps écoulé entre la date de son titre et celle de l'inscription, ce créancier a pu induire en erreur les tiers et les amener à traiter avec le débiteur dans la pensée que le patrimoine de celui-ci n'était grevé ni de privilège, ni d'hypothèque, le législateur a pensé qu'il était juste de frapper ce créancier en faute et d'annuler l'inscription tardive qu'il a prise.

Sans doute, en matière de nantissement de fonds de commerce, il peut y avoir également collusion frauduleuse entre le commerçant débiteur et un créancier, imaginaire ou non, qui différerait volontairement l'inscription du nantissement pour faire apparaître le privilège seulement à une époque voisine de la faillite.

Mais, « comme il s'agit de nullités, écrit M. Guillouard, elles ne peuvent être étendues en dehors des textes, qui les édictent... l'interprétation extensive est inadmissible en matière de nullités d'actes... » (2).

(1) F. Montier, *œuv. cit.*, § 91, p. 67.

(2) Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. III, § 1140, p. 80.

Et même, si nous refusons d'appliquer à notre matière les articles 2146 et 448 ce n'est point parce que nous restreignons l'efficacité des mesures rigoureuses qu'ils édictent aux seules inscriptions hypothécaires. Il est très exact de dire que leur domaine s'étend aux privilèges dont l'efficacité est subordonnée, à l'égard des tiers, à la condition d'une inscription : mais encore faut-il admettre certaines distinctions. Ainsi les dispositions des articles 2146 et 448 sont étrangères à tous les privilèges généraux de l'article 2101 et même dans les cas où la loi accorde des délais pour l'inscription du privilège ou de l'hypothèque, le créancier peut encore inscrire tant que le délai n'est pas expiré et nonobstant la survenance des événements prévus par l'article 2146.

Enfin, ces articles dérogent au droit commun ; or le législateur, en nous léguant une institution incomplètement organisée, n'a pu avoir l'intention d'obliger la pratique à y suppléer par l'application à la matière qu'il régit, des textes exceptionnels dont la doctrine ne peut accepter qu'une interprétation restrictive. Il est certain que les privilèges visés par les articles 2146 et 448 sont des privilèges immobiliers ; au contraire, l'inscription du nantissement prescrite par la loi du 1^{er} mars 1898 rend public un privilège spécial sur un élément mobilier du patrimoine du commerçant, le fonds de commerce.

Le législateur moderne, en invoquant l'intérêt des parties à prendre sans retard l'inscription requise par la nouvelle loi, a-t-il visé d'autre événement que l'aliénation du fonds de commerce, parfaite à l'égard de tous, avant que le créancier gagiste ait inscrit le nantissement ? On ne peut guère supposer qu'il ait pensé aux articles 2146 et 448, et on ne peut s'appuyer sur l'expression aussi énigma-

tique d'une intention présumée, pour étendre à l'inscription du nantissement des fonds de commerce l'application de textes extrêmement rigoureux.

Quoi qu'il en soit, la prudence commande aux créanciers garantis par des nantissements de fonds de commerce de ne point s'endormir dans une fausse sécurité, mais de requérir en hâte l'inscription ; parce qu'en fait, il est certain que les tribunaux seront peu disposés à admettre des causes de préférence au profit de créanciers, qui auront à se reprocher un retard imputable à leur négligence (1).

D. — *Durée de validité de l'inscription.*

En l'absence d'un texte fixant le délai de la péremption il faut décider que l'inscription ne disparaîtra jamais, la prescription de trente ans ne peut même pas être invoquée (2).

En matière hypothécaire, toute inscription est astreinte au renouvellement décennal, et à défaut de renouvellement, elle est périmée (3).

Cette disposition ne peut pas être étendue à l'inscription du nantissement du fonds de commerce. Il est anormal que l'inscription ne dure pas autant que le droit qu'elle garantit ; et, en fait, cette obligation du renouvellement

(1) Même sens : Magnin, *œuv. cit.*, § 16. — *Contra* : Magnier, *Journ. des faill.*, mai 1901, doctrine, p. 239 et 240. — *Contra*, Bellon, *œuv. cit.*, p. 152.

(2) La péremption ne se confond pas avec la prescription (Rousseau et Laisney, *Dictionn. proc. civ.*, t. 7, V^o *Péremption*, p. 38, § 1). Elle peut être considérée comme une sorte de déchéance, or la déchéance d'un droit ne doit pas être confondue avec la prescription extinctive (Guillouard, *De la prescript.*, t. 1, p. 38, § 44).

(3) Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. III, p. 270, § 1357.

décennal entraîne la perte de beaucoup d'inscriptions, par suite d'un simple oubli ou d'un retard (1).

Mais, d'autre part, la dispense du renouvellement nécessite la conservation indéfinie des registres et rend très difficiles les recherches qui obligent à remonter à une époque éloignée. Au bout d'un certain temps, il y a une foule d'inscriptions, qui n'ont plus d'objet ; les unes garantissaient des créances, qui ont été soldées, les autres étaient frappées de nullité..... Or le débiteur peut hésiter à demander mainlevée ; peut-être même se trouvera-t-il dans l'impossibilité d'obtenir la radiation des inscriptions prises. Il est bien à souhaiter que le législateur intervienne et complète son œuvre !

E. — *Publicité du registre des inscriptions. — Extraits d'inscriptions, certificats négatifs.*

Comment, en fait, se réalise la publicité du nantissement des fonds de commerce ?

Dans le silence de la loi, la pratique a dû se décider entre deux procédés possibles. Le greffier pouvait laisser les tiers intéressés prendre eux-mêmes connaissance des inscriptions sur le registre du greffe. Tout requérant avait le droit de compulser, à ses risques et périls, le registre des inscriptions ; mais on a préféré un second procédé, qui consiste à confier au greffier le soin de délivrer des certificats d'inscription.

Ce mode de publicité est beaucoup plus discret : laisser le registre à la disposition du public, c'est ouvrir la porte à de sérieux abus. Certains hommes d'affaires peu délicats s'empresseraient de rechercher toutes les inscrip-

(1) Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. III, p. 265, § 1351.

tions prises, pour se faire argent des renseignements qu'ils seraient à même de fournir à quiconque aurait recours à leurs services.

Il est donc préférable que le greffier délivre des extraits ou certificats d'inscription. Pour lui, les recherches sont faciles, puisqu'il lui suffit de tenir à jour un répertoire alphabétique (1).

Il peut encore se faire que le fonds de commerce soit libre de tout nantissement. Aucune inscription n'est portée sur le registre du greffe ; il semble dès lors qu'à tout requérant un certificat de non-inscription doive être délivré.

La majorité des greffiers s'y refuse, surtout dans les grands centres industriels. Les inconvénients pratiques, qui en résultent, sont importants ; puisque voilà de ce fait le commerçant dans l'impossibilité de prouver que son fonds de commerce est libre de toute charge qui pourrait le grever. Mais on ne peut faire encourir aux greffiers une responsabilité, qui ne doit pas leur incomber dans le silence des textes.

(1) Cpr. Bellon, *œuv. cit.*, p. 154 et suiv.

CHAPITRE III

CARACTÈRES ET EFFETS DU NANTISSEMENT DES FONDS DE COMMERCE.

SECTION I. — Caractères du nantissement des fonds de commerce.

Le but de la loi du 1^{er} mars 1898 a été de substituer à la possession et à toutes les mesures de publicité du gage, qui lui paraissaient incompatibles avec les intérêts du commerce, une inscription prise sur les registres du greffe, produisant tous les effets des formalités antérieurement exigées, et notamment de la mise en possession.

Par conséquent, tous les droits dérivant de la possession sont attribués au créancier, qui a obtenu un nantissement. Du reste, le principe contraire serait incompatible avec la notion même de gage. On ne conçoit pas de créancier gagiste sans possession.

L'esprit de la loi se manifeste par le terme même de nantissement. Il faut donc considérer le créancier comme étant nanti, c'est-à-dire comme ayant la possession. L'opinion contraire confondrait la possession effective avec la possession juridique. La loi a substitué à la possession effective une possession purement fictive qui produit tous les effets d'une possession véritable.

Cet exemple de possession fictive n'est pas le seul. On pourrait citer la possession du bailleur d'un immeuble :

tout le monde reconnaît que le droit du bailleur est un droit de gage basé sur la possession fictive, qui lui est attribuée sur tous les meubles garnissant le fonds loué. Ce droit de gage du bailleur déroge aux principes ; car non seulement le bailleur n'a pas la possession effective des meubles, mais cette possession continue à appartenir au preneur, contrairement à la condition exigée par l'article 2076 du Code civil.

L'absence de toute mise en possession a entraîné la conviction chez certains auteurs que le nantissement du fonds de commerce devenait désormais une véritable hypothèque (1).

« L'histoire des législations nous montre toujours des exemples d'hypothèque mobilière comme perfectionnement du gage.

« La loi du 1^{er} mars 1898 contient un nouvel exemple de cette évolution. Il faut en effet appeler les choses par leur nom : gage sans déplacement, cela veut dire hypothèque. La différence fondamentale entre le gage et l'hypothèque n'est pas que l'un porte sur des meubles et l'autre sur des immeubles ; ... la véritable différence entre ces deux contrats, c'est que l'un entraîne avec lui la nécessité du dessaisissement du débiteur, tandis que l'autre n'engendre qu'un droit de suite et un droit de préférence, sans qu'il y ait dépossession au profit du créancier (2).

Evidemment le contrat de nantissement appliqué au fonds de commerce s'écarte des principes du gage. Ainsi

(1) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, p. 233, § 285.

(2) Bellon, *Du nantissement d'un fonds de commerce*, p. 112. — Dans le même sens : Ch. Simon, *Le fonds de commerce*, p. 190 et Ed. Nantet, *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 89.

le nantissement est un contrat réel qui n'est parfait que par la remise de la chose ; tandis que le nantissement du fonds de commerce devient un contrat consensuel. Le nantissement est un contrat par lequel le créancier qui a reçu une chose en garantie du paiement de ses droits est tenu à la restituer dès qu'il a reçu satisfaction. Dans le nantissement d'un fonds de commerce, le créancier ne peut pas être tenu de restituer la possession qu'il n'a jamais eue (1).

Mais faut-il en conclure que la loi du 1^{er} mars 1898 a créé une véritable hypothèque ? Cette conséquence ne se lit dans aucun texte et ne ressort pas des travaux préparatoires de la loi.

Il nous paraît beaucoup plus exact de dire que le législateur ayant considéré en thèse générale que la mise en possession du créancier gagiste constituait une mesure de publicité destinée « à faire connaître aux tiers l'existence du privilège du gagiste (2) », s'est rendu compte que les moyens auxquels la jurisprudence avait recours en matière de nantissement de fonds de commerce, étaient absolument illusoires et insuffisants. Pour mieux atteindre le but poursuivi, il a supprimé toute condition de mise en possession pour les remplacer par la formalité de l'inscription.

On ne peut se dissimuler que pareille solution aboutisse à un résultat étrange puisque « désormais les parties ont le moyen « d'établir par leur seule volonté, quoique sous une condition de publicité requise seulement à l'é-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. I, p. 71, § 81.

(2) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, p. 218, § 278.

gard des tiers, un droit de préférence sur un meuble sans déplacement de la possession (1) ».

Mais tous les auteurs sont d'accord pour dire que le législateur ne s'est certainement pas rendu compte de l'importance de l'innovation qu'il introduisait dans notre droit et des conséquences juridiques que comportait cette réforme.

Quoi qu'il en soit, il n'est point permis de considérer le nantissement du fonds de commerce comme une véritable hypothèque. Si la formalité du dessaisissement est irréalisable en fait, il est certain qu'en droit on peut le supposer fictif en ce sens que « si le commerçant continue bien à détenir matériellement sa chose, il ne la détient plus désormais que pour le compte du créancier » (2).

Les conséquences de cette opinion sont importantes, puisque c'est d'elle que découle la nature des droits du créancier, qui forme avec l'étude des obligations du créancier et du débiteur l'objet de toute la question des effets du nantissement. Nous nous proposons donc d'aborder sous les deux sections qui vont suivre l'étude des droits et des obligations qui naissent du nantissement constitué sur un fonds de commerce.

SECTION II. — Des droits du créancier.

§ 1. — Du droit de rétention.

« Le droit de rétention, disent MM. Baudry-Lacanti-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. I, p. 71, § 81.

(2) R. Lesur, *œuv. cit.*, p. 79.

nerie et de Loynes (1), est le droit pour une personne qui possède ou détient une chose appartenant à autrui, d'en conserver ou d'en retenir la possession ou la détention jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. »

L'article 2082 du Code civil reconnaît formellement le droit de rétention au créancier gagiste. Le débiteur ne peut, aux termes de cet article, réclamer la restitution du gage, qu'après avoir entièrement payé, tant en principal, qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

Le droit de rétention peut-il exister au profit du créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce ?

Si le créancier avait la possession du fonds de commerce, l'affirmation serait incontestable, du moins en ce qui concerne les éléments matériels du fonds de commerce ; mais le droit de rétention suppose une possession effective. A cet égard, la possession fictive ne peut pas tenir lieu de possession effective pour la raison déjà signalée que le créancier ne peut pas conserver ce qu'il ne détient pas matériellement ; or la publicité prescrite par la loi du 1^{er} mars 1898, ne peut pas remplacer la mise en possession effective.

Les mêmes considérations déterminent aussi MM. Lyon-Caen et Renault à refuser de droit de rétention au créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce (2).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., Priv. et hyp.*, t. I, p. 99, § 100.

(2) Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, n° 283.

§ 2. — Privilège du créancier, son mode d'exercice.

Etant donné que le nantissement d'un fonds de commerce ne peut pas conférer au créancier le droit de rétention, l'application des effets du gage à notre matière se restreint au droit pour le créancier de se faire attribuer l'objet du gage en paiement, ou de le faire vendre en se payant sur le prix par préférence à tous autres créanciers.

Ici encore le caractère fictif de la possession du créancier nanti du fonds de commerce fait surgir des difficultés de nature à entraver le libre exercice de son droit.

Dans l'hypothèse d'un nantissement civil, l'article 2078 ne permet au créancier que de s'adresser à la justice afin qu'elle ordonne que le gage lui demeure en paiement et jusqu'à due concurrence, ou bien qu'il soit vendu aux enchères. Serait nulle toute clause du contrat de nantissement autorisant le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer au mépris des exigences de la loi civile.

En matière commerciale, le législateur se montre plus large. A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut faire procéder à la vente du gage huit jours après la signification au débiteur.

Dans l'esprit de la loi, le nantissement du fonds de commerce produit tous les effets du gage compatibles avec le mode de publicité auquel il est soumis ; rien ne s'oppose à ce que l'application des articles 2078 (C. civ.) et 93 (C. com.) (1) soit faite à notre matière.

Mais ici encore le caractère fictif de la possession du

(1) Trib. civ. Chateaubriant, 10 mars 1900, *Journ. des faill.*, 1900, 3500, p. 477.

créancier peut soulever quelques difficultés pratiques. Supposons d'abord le propriétaire du fonds de commerce en état de faillite.

Il ne peut y avoir de difficulté, quand le syndic de la faillite prend le parti de retirer le gage en désintéressant le créancier (art. 547, C. civ.). Mais si les ressources ne permettent pas ce paiement, le fonds doit être vendu. « Seul, le créancier possède le droit de vente, et le syndic ne peut se substituer à lui pour la requérir (1). »

M. Bellon prévoit le cas où le créancier muni d'un contrat de nantissement, se soucie peu de l'invoquer et demeure inactif ; le syndic est-il désarmé et ne peut-il pas contraindre le créancier à provoquer la vente du fonds ?

L'hypothèse n'est peut-être pas très pratique ; en tous cas, il semble bien que le syndic puisse assigner le créancier à l'effet de faire ordonner la vente dans un certain délai.

Le débiteur étant supposé *in bonis*, le créancier poursuivra la vente publique du fonds de commerce par devant l'officier ministériel compétent. Peut-être cet officier ministériel se heurtera-t-il à quelques-unes des difficultés pratiques, dont M. Montier fait un long exposé dans son étude sur « Le nantissement des fonds de commerce » (2). Le débiteur pourra refuser obstinément l'acte de bail au notaire, et le mettre ainsi dans l'impossibilité de rédiger le cahier des charges sans recourir à la justice.

En second lieu, il peut arriver qu'un débiteur s'obstine à refuser d'évacuer l'immeuble, d'où la nécessité d'une procédure, de nouveaux frais, nouveaux retards, et comme

(1) Bellon, *œuv. cit.*, p. 176.

(2) Montier, *œuv. cit.*, chap. IX, p. 78 et suiv.

conséquence finale, diminution sensible de la clientèle qui se disperse.

Mais ce ne sont pas à proprement parler des obstacles juridiques, mais plutôt des inconvénients pratiques, qui tiennent à ce que le créancier, n'ayant point la possession du gage, se heurte à la difficulté d'en priver le débiteur contre son gré.

Il importe maintenant de nous demander :

1° Quelle est l'étendue du droit de préférence conféré au créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce.

Cette question se divise elle-même en deux points :

1. Le nantissement du fonds de commerce s'étend-il aux marchandises et au matériel dépendant du dit fonds ?

2. Le nantissement du fonds de commerce peut-il garantir les intérêts de la créance au même rang que la créance ?

Et pour le cas où une seconde dette serait contractée après la première, mais deviendrait exigible avant elle, serait-elle également garantie par le nantissement qui assure le paiement de la première ?

2° Quel est le rang du privilège du créancier ?

A Conflit avec les privilèges généraux ;

B Conflit avec certains privilèges spéciaux :

a) Conflit avec le bailleur de l'immeuble ;

b) Conflit avec le vendeur du fonds de commerce ;

c) Conflit avec le vendeur des marchandises.

C Conflit avec les autres créanciers inscrits sur le même fonds.

A. — *Etendue du nantissement du fonds de commerce.*

1^o Le nantissement des fonds de commerce doit-il s'étendre aux marchandises et au matériel ?

Le nantissement du fonds de commerce englobe-t-il les marchandises et le matériel d'exploitation ? La question est pratiquement discutée.

Le tribunal de commerce du Havre, appelé le premier à statuer sur la question, a décidé la négative (1).

« Attendu que les marchandises sont nécessaires et indispensables pour l'exercice du commerce ; mais qu'elles ne font pas légalement partie de ce qu'on entend par fonds de commerce, et qu'à moins de méconnaître tous les principes, qui doivent caractériser le gage, on ne saurait admettre qu'il soit licite aux parties de les constituer en nantissement par une simple convention stipulant qu'elles seront comprises dans le fonds de commerce. »

La loi du 1^{er} mars 1898 a voulu que le commerçant pût continuer à exercer sa profession ; or il n'est pas possible d'atteindre ce résultat, sans laisser à ce commerçant la faculté de vendre librement.

Si, par hypothèse, les marchandises se trouvaient englobées dans le fonds de commerce donné en nantissement, le créancier, bien loin d'en être nanti, aurait pour gage des biens mobiliers, que le débiteur aliénerait à son gré. Le profit de ces aliénations tomberait dans l'actif de la masse.

Il est certain, au dire du tribunal de commerce du Havre, que le législateur n'a pas entendu comprendre les marchandises dans le nantissement des fonds de

(1) Trib. com. Havre, 30 mai 1899, *Journ. des faill.*, 1900, p. 87 et suiv.

commerce ; le but qu'il poursuivait était de créer un nouvel instrument de crédit, or le nantissement, s'il comprenait les marchandises, aurait pour résultat de ruiner le crédit commercial et de rendre les affaires absolument impossibles.

En effet, le plus souvent, les marchandises sont vendues à terme, et la confiance du vendeur repose non seulement sur la moralité, l'heureuse gestion de l'acheteur commerçant, mais sur la certitude de retrouver les marchandises en nature ou leur contre-valeur dans l'actif de l'acheteur, gage commun de ses créanciers. Or si le vendeur à terme a la certitude que le fonds de commerce de son acheteur habituel est grevé d'un nantissement, que ce nantissement englobe les marchandises, comme tous les autres éléments du fonds, au profit du créancier nanti le vendeur à terme s'empressera de rompre toutes relations d'affaires avec son client.

Même si le fonds est libre de tout nantissement, le vendeur ne peut plus prudemment consentir le moindre découvert, parce qu'il a toujours à redouter qu'un nantissement consenti après coup ne lui cause préjudice.

Cette opinion défendue pour la première fois par le tribunal de commerce du Havre a été consacrée notamment par la Cour d'Amiens (1) et les tribunaux de commerce d'Angers (2), de Chalon-sur-Saône (3) et de Poitiers (4), qui ont fait valoir en sa faveur bien d'autres considérations.

(1) Amiens, 7 juillet 1900, D. 1901.2.103.

(2) Angers, 7 décembre 1900, D. 1901.2.108.

(3) Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1901.2.109.

(4) Trib. com. Poitiers, 3 juin 1901, *Journ. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 405.

Dans toutes les cessions de fonds de commerce, les parties fixent d'abord le prix de vente du fonds comprenant l'achalandage, le droit au bail... et déterminent séparément le prix des marchandises, suivant inventaire contradictoire. Cette pratique qui consiste à ne vendre les marchandises qu'accessoirement, était en usage depuis trop longtemps pour permettre de supposer que le législateur ait pu y déroger en 1898 sans s'expliquer nettement sur ce point.

Ce qui vient encore à l'appui de cet argument, c'est que la loi du 28 février 1872 a assujéti les mutations de fonds de commerce à des droits d'un taux différent, suivant qu'ils s'appliquent à la transmission du fonds lui-même ou à la transmission des marchandises. Le premier droit est un droit de 20/0, tandis que les marchandises neuves, qui garnissent le fonds, ne paient que 0 fr. 50 0/0 sous la condition de la stipulation de deux prix distincts dans l'acte de cession.

Dans un autre ordre d'idées, est-il admissible que le nantissement d'un fonds de commerce emporte le nantissement des marchandises neuves alors que rien dans la formalité de publicité prescrite par la loi du 1^{er} mars 1898, n'individualise les marchandises affectées à la garantie des droits du créancier nanti ; en sorte que le gage n'étant pas spécialisé quant à son objet, la fraude est facile au préjudice des tiers.

La loi du 18 juillet 1898, qui institue le warrant agricole, permet bien aussi le nantissement des produits agricoles sans déplacement, et moyennant une certaine publicité donnée au gage, par une inscription au greffe de la justice de paix ; mais elle exige que les produits

agricoles donnés en nantissement, soient bien spécialisés quant à leur nature, valeur et quantité (1).

Ces textes montrent bien la préoccupation du législateur, qui est de se conformer au principe de la spécification du gage, qui devient en matière hypothécaire, le principe de la spécialité de l'hypothèque, quant à l'immeuble grevé et quant à la créance garantie. Faire entrer les marchandises dans la composition du fonds de commerce, c'est prétendre que le législateur a méconnu les principes du contrat de gage.

M. Montier présente encore un autre argument en faveur de cette première opinion, tiré des droits du créancier gagiste. Bien que cette question des droits du créancier nanti, fasse l'objet d'un autre chapitre, il n'est pas inutile de signaler en passant l'intérêt qu'elle présente au seul point de vue qui nous préoccupe en ce moment.

Le gage avec dessaisissement du débiteur emporte au profit du créancier gagiste un droit de rétention, qui rend inopposable au créancier nanti la vente de l'objet engagé. Or, si les marchandises entrent forcément dans la composition du fonds de commerce, le débiteur qui constitue en nantissement le fonds qu'il exploite, ne peut plus aliéner les marchandises en dépendant, sans exposer chacun

(1) ART. 2, § 1. — « Le cultivateur, lorsqu'il ne sera pas propriétaire ou usufruitier de son exploitation, devra, avant tout emprunt, aviser le propriétaire du fonds loué, de la nature, de la valeur et de la quantité des marchandises qui doivent servir de gage pour l'emprunt ainsi que des sommes à emprunter... »

ART. 3, § 1. — « Le greffier de la justice inscrira sur les deux parties d'un registre à souche, établi spécialement à cet effet, et d'après la déclaration de l'emprunteur, la nature, la quantité et la valeur des produits, qui devront servir de gage à son emprunt ainsi que le montant des sommes à emprunter. »

de ses acheteurs aux poursuites du créancier nanti du fonds de commerce d'un détaillant, on aperçoit de suite la conséquence inadmissible de ce système.

La règle « En fait de meubles, possession vaut titre » n'est plus ici d'aucun secours ; car elle suppose le meuble, objet de la revendication, aux mains d'un possesseur de bonne foi. Or, en l'hypothèse d'une aliénation de marchandises dépendant d'un fonds de commerce donné en nantissement, l'acquéreur est toujours présumé de mauvaise foi ; puisque le nantissement est public et que par conséquent nul n'est censé l'ignorer.

En général il ne semble pas que la jurisprudence ait adopté cette opinion. Elle tend plutôt à qualifier les marchandises d'accessoires du fonds et à les soumettre au droit du créancier gagiste, au même titre que l'achalandage et le droit au bail (1).

Si le matériel et les marchandises n'entrent pas dans la composition du fonds de commerce, et ne sont pas compris dans le nantissement du fonds, la garantie offerte au créancier peut devenir en bien des cas illusoire. Ordinairement, la plus grande partie de l'actif du débiteur, en état de cessation de paiements, est représentée par un stock de marchandises considérable, qui a absorbé tout le capital numéraire. Si, pour assurer son droit de gage sur ces marchandises, le créancier avait dû exiger le des-

(1) Riom, 30 mars 1892 ; Lyon, 23 mars 1893, S. 1894.2.237 ; Cass. req., 25 juin 1895, S. 1895.1.409 ; Paris, 26 février 1895, S. 1897.2.89 ; Lyon, 14 mars 1895, S. 1897.2.89 ; Trib. com. Seine, 18 janvier 1896, S. 1897.2.89 ; Paris, 2 novembre 1898, D. 1899.2.196 ; C. Poitiers, 1^{er} juillet 1901, *J. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 411 ; C. Rouen, 8 mai 1901, *J. des faill.*, septembre-octobre, 1901, p. 414 ; Trib. com. Salins, 16 novembre 1900, *J. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 417.

saisissement du débiteur, conformément à l'article 2076 du Code civil » celui-ci se serait trouvé dans l'impossibilité de continuer ses affaires.

Ce résultat est d'autant plus inadmissible, qu'il semblerait être une conséquence de la loi du 1^{er} mars 1898. Avant cette loi, la jurisprudence ne se montrait pas aussi exigeante, puisqu'elle se contentait d'une tradition fictive et d'une signification de l'acte de nantissement au bailleur de l'immeuble (1), formalités qui n'entravaient nullement l'exploitation du fonds de commerce donné en nantissement.

Les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} mars 1898 ne permettent pas de soutenir que le matériel et les marchandises doivent être considérés comme distincts du fonds dont ils dépendent.

« Le droit au bail, disait M. Thézard au Sénat (2), n'est qu'un des éléments et parfois l'un des moins importants du fonds de commerce : l'outillage, les marchandises, les valeurs corporelles ne pourraient être données en gage, d'après la législation actuelle que par leur remise effective au créancier gagiste ; c'est-à-dire que la cession se substituerait forcément au nantissement.... »

Ce qui préoccupait le rapporteur, c'était de soumettre tous les éléments corporels comme les éléments incorporels du fonds au droit du créancier nanti.

« Comment admettre que la constitution d'un nantissement sur ces objets corporels, puisse être opposable

(1) Paris, 26 janvier 1895 ; Lyon, 14 mars 1895 ; Paris, 4 janvier 1896 ; Trib. com. Seine, 26 février 1895 et la note de M. A. Wahl, S. 1897.2.89.

(2) Rapport Thézard, précité.

aux tiers ? alors qu'aucun dessaisissement matériel, aucune publicité légalement déterminée ne fait connaître à ces tiers le changement qui s'est produit dans la situation du débiteur ?

« Il est bien évident que les meubles corporels, outillage ou marchandises ne pourront pas être remis matériellement au créancier gagiste : ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement...

« La disposition nouvelle supprime nécessairement en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076 du Code civil, c'est-à-dire la remise de l'objet en la possession du créancier ou d'un tiers.

« Cette mise en possession est incompatible avec la nature du fonds de commerce, et si l'arrêt du 13 mars 1888 l'avait cependant appliquée à l'acte de bail, c'était par la nécessité de rattacher, d'une façon quelconque aux règles du Code de commerce, une matière que celui-ci n'avait pas prévue, et tout en laissant entrevoir par ses motifs mêmes l'utilité d'une solution différente. »

La théorie soutenue par le tribunal de commerce du Havre, se heurte donc à l'intention formelle du législateur.

Cependant on trouve, dans les considérants d'un jugement du tribunal de commerce d'Angers, l'affirmation contraire (1).

« Attendu que les travaux préparatoires de la loi et le rapport de la commission au Sénat, absolument formels, comme il a été dit, en ce qui concerne les formalités à remplir, pour constituer valablement le nantissement,

(1) Trib. com. Angers, 7 décembre 1900, D. 1901, 5^e cahier, 2.108.

ne fournissent au contraire aucune indication précise sur l'extension à donner au fonds de commerce ;

« Que cette question paraît être restée en dehors des préoccupations du rapporteur, aussi bien que du législateur lui-même ; ... »

Mais le tribunal s'efforce ensuite d'atténuer l'effet d'une affirmation aussi hardie. Il avoue qu'on trouve bien dans le rapport de M. Thézard, une phrase disant que « l'outillage et les marchandises sont légalement entraînés et absorbés dans l'universalité dont il s'agit, d'où il semblerait résulter que le rapporteur a eu l'intention de les comprendre dans le fonds de commerce ; mais les termes dont on argue n'ont pas la portée qu'on pourrait leur attribuer ».

Cet aveu prouve bien que la question n'est pas demeurée étrangère aux préoccupations du législateur.

L'argument tiré du droit de rétention du créancier nanti n'a pas de valeur.

Le créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce n'a pas de droit de suite ; et si son droit de rétention ne lui permet pas d'empêcher la vente à la consommation⁽¹⁾ des marchandises qui garnissaient le fonds, ni de revendiquer la possession de ces marchandises, le créancier doit-il s'en plaindre ?

En acceptant en garantie le nantissement du fonds de

(1) Le nantissement du fonds de commerce ne frappe point d'indisponibilité les marchandises qui en sont l'objet ; mais il ne laisse au débiteur que la faculté de les vendre suivant les nécessités normales de l'achalandage à la charge de les renouveler ou de les remplacer par des marchandises de même nature et de reconstituer ainsi l'élément nécessaire du gage, C. Grenoble, 14 novembre 1900, *J. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 454.

commerce, le créancier savait parfaitement qu'il est de la nature des marchandises fabriquées ou déposées en magasin chez un commerçant, d'être vendues et par conséquent de disparaître du patrimoine de son débiteur. En laissant son débiteur à la tête de l'exploitation commerciale qu'il dirigeait, le créancier entendait bien l'autoriser à vendre ses marchandises, pour lui permettre d'en fabriquer ou d'en acquérir d'autres, qui viendraient en plus ou moins grande quantité remplacer celles qui auraient été déjà réalisées,

Évidemment il ne s'agit ici que de la vente des marchandises par le débiteur, conformément aux exigences de son commerce, et non de la vente en bloc ou de la liquidation de toutes ses marchandises (1).

Reste cette dernière considération que si la loi de 1898 était entendue et interprétée comme si le nantissement des fonds de commerce englobait les marchandises, elle aurait la plus fâcheuse influence sur le commerce en général, en ne permettant plus au commerçant de vendre à crédit les marchandises, qui font l'objet de l'exploitation, qui l'occupe.

Supposons d'abord que la loi du 1^{er} mars 1898 n'ait pas cette portée, que les marchandises n'entrent point dans la composition du fonds de commerce, est-ce que le vendeur à crédit sera mieux traité ?

Surpris par la faillite de son débiteur, il perd son privilège de vendeur, ce point ne fait aucun doute ; il se présente donc pour être admis au passif chirographaire de la faillite ; mais s'il ne trouve plus dans l'actif à liquider pour être réparti au marc le franc, les marchandises

(1) Voir en ce sens : C. Grenoble, 14 novembre 1900, précité.

qu'il y avait fait entrer, ce résultat sera-t-il toujours la conséquence d'un nantissement consenti au profit d'un créancier avisé ?

Pas nécessairement ; le vendeur peut également se trouver frustré par la présence d'un autre créancier gagiste, porteur d'un warrant ; ou bien ce sera le bailleur de l'immeuble, qui a privilège sur les marchandises en magasin...

Si la vente à crédit se ralentit, tout le mal n'en rejaillit pas nécessairement sur l'innovation que consacre la loi de 1898 ; les crises commerciales ont d'autres causes.

Au contraire, c'est précisément dans les moments difficiles, où manque la confiance, que le nantissement du fonds de commerce peut offrir aux débiteurs obérés le secours le plus efficace. En fait, ce sont surtout les vendeurs de fonds de commerce ou les vendeurs de marchandises, qui demandent en garantie le nantissement du fonds de commerce (1).

D'après une troisième opinion le problème ne peut se résoudre que par des distinctions. Les marchandises ne doivent être retenues dans le nantissement du fonds de

(1) En ce sens : Riom, 30 mars 1892 ; Lyon, 23 mars 1893, S. 1894. 2.237 ; Cass. req., 25 juin 1895, S. 1895.1.409 ; Paris, 26 février 1895 ; Lyon, 14 mars 1895 ; Trib. com. Seine, 18 janvier 1896, S. 1897.2.89 ; Paris, 2 novembre 1898, D. 1899.2.196 ; C. Poitiers, 1^{er} juillet 1901 ; C. Rouen, 8 mai 1901 ; Trib. com. de Salins, 16 novembre 1900, *J. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 411, 414, 417 ; Trib. civ. des Andelys, 6 novembre 1900, D. 1901.2. 107 ; C. Grenoble, 14 novembre 1900 ; C. Toulouse, 24 janvier 1901, *J. des faill.*, 1901, p. 212 ; Trib. com. Honfleur, 7 mars 1900, *J. des faill.*, 1900, p. 513. — V. Lyon-Caen et Renault précité, t. III, § 245, p. 180 ; Boistel, p. 288, § 429 ; Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 71 ; Magnin, p. 27, § 13 ; Fouilleul, *œuv. cit.*, p. 64 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *œuv. cit.*, *Priv et hyp.*, t. I, p. 52, § 67.

commerce que dans la mesure où elles sont indispensables à son exploitation et en constituent véritablement l'accessoire.

Ce système mixte, qui accorde certaines concessions aux deux autres, doit être écarté comme dangereux, et anti-juridique ; parce qu'il abandonne tout l'intérêt de la question à l'appréciation arbitraire du juge.

Théoriquement, il ne tranche aucune question de principe, il ne se détermine pas d'après les principes généraux du gage, il se tait sur la valeur des arguments tirés des travaux préparatoires de la loi du 1^{er} mars 1898. Enfin il restreint ou étend suivant les circonstances, mais sans aucune raison juridique, la portée d'un texte muet sur la question.

Le matériel, le mobilier industriel, comprenant tout ce qui sert à l'installation et à l'exploitation du fonds de commerce, sont toujours englobés dans le nantissement du fonds.

Cependant la Cour d'Amiens en a décidé autrement ; le matériel comme les marchandises ne peuvent, d'après elle, faire l'objet du contrat de nantissement du fonds, que s'il est satisfait aux conditions de dessaisissement réel du débiteur au profit du créancier nanti :

« Attendu que le fonds de commerce constitue une universalité de fait, indépendante des objets mobiliers corporels que le fonds de commerce peut contenir ;

« Que le législateur ajoute un élément nouveau au crédit des commerçants, en les autorisant à se créer des ressources par le nantissement légal du fonds lui-même ;

« Mais qu'il n'a rien voulu changer relativement au gage

des objets corporels, tels que les marchandises et le matériel... ;

« Que les marchandises et le matériel se trouvant dans les magasins du débiteur, dépendent de sa faillite (1). »

Cette théorie n'est pas exacte ; le matériel n'a pas une condition juridique différente de celle des marchandises ; les marchandises font partie intégrante du fonds, ainsi qu'il vient d'être démontré, elles sont comprises dans le nantissement du fonds et il n'y a aucune raison d'en exclure le matériel :

« Attendu, dit le tribunal de commerce du Havre (2), qu'il est également de jurisprudence constante de comprendre comme accessoires et faisant partie du fonds de commerce, les aménagements et le matériel d'exploitation ;

« Qu'alors ces aménagements et matériel restent sous la garde de la responsabilité du débiteur, qui ne doit s'en dessaisir qu'avec l'autorisation du créancier... »

Cette opinion a été également consacrée par le tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône (3). Elle est unanimement adoptée par la doctrine (4).

(1) Amiens, 7 juillet 1900, D. 1901.2.103, dans le même sens : Trib. com. Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1901.2.109.

(2) Trib. com. Havre, 30 mai 1899, *Journ. des faill.*, 1900, p. 87.

(3) Trib. com. Chalon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1901.2.109.

(4) Thaller, *œuv. cit.*, 1^{re} édit., p. 59, § 72 et note 1 ; Lyon-Caen et Renault, *œuv. cit.*, t. III, § 245, p. 180 ; Boistel, *œuv. cit.*, p. 288, § 429 ; Gombeaux, *œuv. cit.*, p. 71 et 171 ; Magnin, *œuv. cit.*, p. 27, § 13 ; Nantet, p. 12, *œuv. cit.* ; Fouilleul, *œuv. cit.*, p. 64 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypothèq.*, *œuv. cit.*, t. I, p. 52, § 67.

2^o Etendue de la créance garantie par le nantissement
du fonds de commerce.

L'inscription, qui assure au créancier un rang privilégié pour le montant de sa créance en principal, lui assure-t-elle le même rang pour les intérêts (1)? En d'autres termes, le créancier, qui a pris inscription pour une créance productive d'intérêts, peut-il se faire colloquer par privilège non seulement pour le capital, mais pour tous les intérêts, qui lui seront dus au jour, où l'on procédera à la distribution des deniers provenant de la vente du fonds?

En second lieu, dans un autre ordre d'idées, le créancier est tenu de restituer le gage, dès qu'il a été entièrement désintéressé en principal, intérêts et frais, mais cette règle souffre une importante exception, que l'article 2082, alinéa 2, formule en ces termes :

« S'il existait, de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage, avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde. »

Faut-il étendre au nantissement du fonds de commerce l'application de l'article 2082, alinéa 2?

Ces questions présentent un intérêt pratique considérable bien qu'elles n'aient fait encore jusqu'ici l'objet d'aucune décision de principe en jurisprudence. Elles seront examinées sous les deux sections de ce chapitre.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypoth.*, précité, t. III, § 1711.

SECTION I. — *Le nantissement du fonds de commerce
garantit les intérêts de la créance,*

Le nantissement du fonds de commerce est-il appelé à garantir les accessoires de la créance ?

Sous la dénomination d'accessoires de la créance, il faut comprendre les intérêts ou arrérages (1), — les frais de l'acte de nantissement (2), s'il en a été rédigé un, et les frais de l'inscription, s'ils ont été avancés par le créancier, — les dommages-intérêts auxquels le débiteur aurait pu être condamné pour inexécution de ses engagements (3), — les frais et dépens des procès relatifs à la validité du nantissement ou à l'exécution des obligations du débiteur (4).

Pratiquement, c'est surtout pour les intérêts échus ou à échoir, que peut s'élever la question de savoir si le nantissement garantit les accessoires de la créance.

En thèse générale, il est rationnel d'admettre que la sûreté, accordée pour le principal, l'a été également pour l'accessoire (5), le sort de l'accessoire est ordinairement lié à celui du principal.

M. Montier distingue les intérêts moratoires de l'article 1153 du Code civil, qui sont, en somme, des dommages-intérêts pour inexécution ou retard, de droits garantis au même titre que le principal, et les intérêts conventionnels, qui ne sont pas un « accessoire forcé de la

(1) C. cass., req., 13 novembre 1893, D. 1893.1.372.

(2) Guillouard, *Priv. et hypoth.*, t. III, p. 407, § 1173 ; Cass. civ., 9 mars 1898, *Gaz. Trib.*, 1^{er} semestre, 1^{re} partie, p. 99.

(3) Cass. civ., rej., 30 décembre 1868, D. 1869.1.88, S. 1869.1.470.

(4) Guillouard, *Priv. et hypoth.*, t. III, § 1580.

(5) Montier, *œuv. cit.*, p. 74, § 402.

créance » (1). Pour que le nantissement garantisse les intérêts conventionnels, il faut donc, d'après lui : 1^o que la convention de nantissement le stipule formellement ; 2^o qu'il en soit fait mention dans l'inscription faite sur les registres du greffe (2).

Cette exigence ne nous paraît guère fondée.

§ 1. — Intérêts échus.

Pour les intérêts échus, le nantissement du fonds de commerce, consenti après coup, en garantit le paiement, sous la seule condition de l'inscription prescrite par la loi du 1^{er} mars 1898. Dans l'hypothèse, il est probable que le nantissement accordé n'a pas d'autre raison d'être que de faire patienter le créancier et assurer le paiement intégral tant des intérêts échus que des intérêts à échoir (3).

§ 2. — Intérêts à échoir.

L'inscription du nantissement garantit également les intérêts à échoir, mais à condition toutefois que les parties l'aient expressément stipulé (4).

Objecte-t-on qu'une inscription ne peut pas couvrir une créance qui n'est pas encore née ? Mais on peut parfaitement constituer hypothèque pour sûreté d'une créance éventuelle aussi bien que d'une créance déjà née. Est-ce que la loi elle-même n'a pas établi une hypothèque au profit du mineur et de la femme mariée, alors que, en fait, il arrive fréquemment que le mineur et la

(1) Montier, *œuv. cit.*, chap. VIII, p. 74, § 402.

(2) Dans le même sens Bellon, *œuv. cit.*, p. 166.

(3) Comp. Guillaouard, *Priv. et hyp.*, t. III, p. 436, § 1560.

(4) En ce sens, Montier, *œuv. cit.*, p. 74, § 402 ; Bellon, *œuv. cit.*, p. 166.

femme mariée n'ont pas de chefs de créances à invoquer contre le tuteur ou le mari ? (1)

A plus forte raison, en matière de gage, où les prescriptions du législateur sont beaucoup moins sévères, l'inscription peut-elle garantir une créance éventuelle. Affirmer l'opinion contraire, c'est refuser une application intéressante du nantissement des fonds de commerce, l'application qui peut en être faite au contrat d'ouverture de crédit.

Il y a plus encore, la créance d'intérêts à échoir n'est pas simplement une créance éventuelle ; c'est une créance à terme. « Le droit aux intérêts existe de par la convention ; l'exigibilité seule en est reportée à des dates ultérieures et successives. Sans doute, si le débiteur se libère, les intérêts cesseront de courir, mais c'est là une conséquence du caractère accessoire de l'obligation d'acquitter les intérêts. Cette circonstance est sans influence sur les principes (2). »

Enfin peut-on exiger la mention des intérêts échus ou à échoir sur les registres d'inscriptions, alors qu'il n'est point requis d'y porter le montant de la créance en principal, ainsi qu'il a été précédemment démontré ?

§ 3. — Dans quelle mesure les intérêts sont-ils privilégiés ?

Et maintenant que le paiement des intérêts et accessoires est garanti par l'inscription, dans quelle mesure ces intérêts sont-ils privilégiés ? Sont-ils garantis *in infi-*

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. III, § 1714.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. III, § 1714.

nitum ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme, pour quelques années ?

Affirmer que les intérêts sont garantis sans autre limite que le temps de la prescription, c'est peut-être prêter le flanc à de sérieuses critiques.

D'abord le laps de temps requis pour la prescription peut considérablement s'augmenter, si le créancier l'interrompt. Ensuite, cette solution risque de porter atteinte au crédit du débiteur, puisque le montant de la créance va rapidement s'accroître de l'importance des intérêts produits chaque jour. Enfin, c'est peut-être faciliter un concert frauduleux entre le créancier et le débiteur, pour faire disparaître, au plus grand préjudice des tiers, les quittances d'intérêts. Sans doute, les intéressés peuvent invoquer la prescription de cinq ans de l'article 2277 du Code civil ; mais cette protection ne sera pas toujours efficace, puisque la prescription peut être interrompue par un commandement du créancier ou une reconnaissance du débiteur (1).

Aussi, en matière hypothécaire, le législateur a-t-il jugé utile de prévenir ces inconvénients, en décidant, dans l'article 2151 du Code civil, que l'inscription hypothécaire ne conserverait, outre le capital et au même rang que le capital, que trois années d'intérêts seulement, sauf au créancier à requérir de nouvelles inscriptions pour les intérêts, qui seraient dus postérieurement ; ce sont de nouvelles créances hypothécaires, qui prennent rang à la date de leur inscription.

Il reste donc à savoir s'il y a lieu d'étendre la disposi-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. III, p. 40, § 1744.

tion de l'article 2151 du Code civil à la matière du nantissement des fonds de commerce.

D'abord l'article 2151 constitue une exception au droit commun, d'après lequel les intérêts, en leur qualité d'accessoires de la créance, devraient être conservés en totalité par l'inscription prise pour le capital. Sa disposition ne doit pas être étendue au delà de ses termes : *Exceptio est strictissimae interpretationis*.

Ensuite il est à noter que l'article 2151 a été l'objet d'une modification importante, introduite par la loi du 17 juin 1893. Le texte ancien de l'article 2151 ne visait que les créances hypothécaires, ou plus exactement, ne visait pas explicitement les créances privilégiées (1).

Ce texte avait fait naître une grave controverse sur la question de savoir s'il était ou non applicable aux créances garanties par un privilège immobilier (2).

Or l'opinion qui triomphait en jurisprudence et réunissait d'importants suffrages dans la doctrine (3), restreignait la portée de l'article 2151 aux créances hypothécaires. Il y avait bien analogie de motifs ; que les intérêts soient l'accessoire d'une créance garantie par une hypothèque, ou l'accessoire d'une créance garantie par un privilège immobilier (4) peu importe ; dans un cas com-

(1) Ancien article 2151 : « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a droit d'être colloqué pour deux années seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ; sans préjudice des inscriptions particulières à compter de leur date pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. III, § 1743, p. 37.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. III, § 1743, p. 37.

(4) Dans le même sens : F. Montier, *œuv. cit.*, chap. VIII, p. 74, § 103.

me dans l'autre il s'agit toujours d'empêcher, dans l'intérêt des tiers, que le chiffre de la créance s'augmente indéfiniment par l'accumulation des intérêts jusqu'à rendre l'inscription menteuse.

Cependant il fallut une loi, la loi du 17 juin 1893, pour dissiper toute équivoque et étendre la sphère d'influence de l'article 2151 du Code civil aux créances privilégiées soumises à l'inscription. C'est donc que son interprétation étroite était logique.

Il n'y a dès lors pas de raison pour étendre l'application de ce même article à l'inscription du nantissement des fonds de commerce, d'autant plus que la nécessité d'inscriptions successives d'intérêts ne se comprend pas sous un régime de publicité, où le montant de la créance demeure lui-même inconnu des tiers.

L'article 2151 est absolument étranger à la matière du nantissement des fonds de commerce, et il faut dire que comme *dans l'ancien droit*, pour les hypothèques le créancier nanti peut se réclamer de son privilège, non seulement à concurrence du principal de sa créance, mais aussi des intérêts, qui peuvent être dus (1).

Ce qui peut cependant atténuer les conséquences en apparence rigoureuses mais logiques de ce système, c'est l'application de l'article 1254 du Code civil. L'article 1254 dispose en effet, que les acomptes versés par le débiteur d'une dette produisant intérêts, s'imputent, malgré la volonté contraire de celui-ci, sur les intérêts, par préférence au capital. Par conséquent les intérêts dus au créancier nanti diminueront toujours des acomptes versés par le débiteur.

(1) Dans le même sens : F. Montier, *œuv. cit.*, chap. VIII, p. 74, § 103.

Il est vrai qu'en matière de gage, l'article 2081 du Code civil peut paraître détruire en notre espèce l'heureux effet de l'article 1254. L'article 2081 suppose que le gage porte sur une créance productive d'intérêts, et décide que le créancier gagiste devra imputer les intérêts de la créance, qui lui est conférée en gage sur ceux qui peuvent lui être dus. Peut-on dire que le fonds de commerce, meuble incorporel comme le droit de créance, doive lui être assimilé parce qu'il produit des fruits, comme la créance donnée en gage produit des intérêts ?

Dans le cas de l'article 2081, c'est le créancier qui détient le titre ; en l'autorisant à exercer les droits de son débiteur on évite des complications et des lenteurs ; il touche désormais les intérêts, en devient propriétaire, à la charge de les imputer sur les intérêts d'abord, puis sur le capital de sa créance.

S'agit-il d'un fonds de commerce, l'article 2081 reste sans application possible ; parce que le nantissement du fonds de commerce ne comporte pas de dessaisissement ; le débiteur reste toujours à la tête de ses affaires et c'est lui, qui en perçoit les bénéfices. Le créancier nanti n'a qu'une possession fictive ; comme il ne détient pas les fonds provenant de l'exploitation, il ne peut en compenser le revenu avec les intérêts, qui lui sont dus.

SECTION II. — *La théorie du gage tacite, son application
au nantissement du fonds de commerce.*

L'article 2082, alinéa 2 du Code civil, suppose qu'une seconde dette, contractée par le même débiteur envers le même créancier, postérieurement à la mise en gage, est devenue exigible avant le paiement de la première dette. Dans cette hypothèse, il autorise le créancier à exercer

son droit de rétention et refuser de se dessaisir du gage avant d'être entièrement désintéressé de l'une et de l'autre dette, alors même qu'aucune stipulation formelle ne lui accorderait ce droit.

La condition principale de l'article 2082, § 2, et qui explique le but de sa disposition, c'est l'existence d'une nouvelle dette contractée postérieurement et qui est devenue exigible avant le paiement de la première.

« Le créancier, dit M. Berlier, dans l'exposé des motifs (1), a déjà pris un gage pour une première dette, s'il n'en demande pas pour une seconde, qui devra être acquittée ou avant la première ou en même temps qu'elle, ce sera indubitablement, parce qu'il aura considéré le gage, dont il est déjà saisi, comme suffisant pour répondre de l'une et de l'autre dettes. »

C'est donc l'intention présumée des parties que le législateur a eu en vue. Il est très possible que le créancier, nanti du fonds de commerce de son débiteur, lui accorde un nouveau crédit, mais à plus brève échéance, avec l'espoir d'exercer utilement ses droits à concurrence des deux sommes dont il est créancier, par privilège et préférence sur le fonds de commerce objet du nantissement.

L'article 2082, alinéa 2 serait-il au moins utile en notre matière ? En vérité, on peut objecter qu'il permettra au débiteur de continuer à jouir d'un crédit chimérique ; le fonds de commerce qu'il exploite, étant en apparence impignoré pour une somme peu importante ; mais en réalité grevé pour la totalité de sa valeur de réalisation.

Mais là n'est pas la question, il s'agit de savoir s'il est

(1) Fenet, XV, p. 208, rapporté par M. Guillouard, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, p. 162, § 153.

juridiquement possible d'appliquer l'article 2082, alinéa 2 à notre matière ? Le principe, que nous avons précédemment posé, et suivant lequel l'esprit de la loi du 1^{er} mars 1898 veut que l'on étende les règles du gage au nantissement du fonds de commerce, nous conduirait à admettre l'application de l'article 2082, § 2 à la matière du nantissement du fonds de commerce.

Mais il faut tenir compte d'une observation qui est, suivant nous, d'une importance capitale, puisqu'elle nous permet d'éluder la question.

On est loin d'être absolument d'accord sur la portée de l'article 2082, § 2. Le gage tacite engendre-t-il un privilège et un droit de rétention ? Il est admis que le gage tacite confère un droit de rétention ; mais on discute beaucoup la question de savoir si le créancier peut se prévaloir aussi d'un droit privilégié.

Assez généralement la doctrine refuse au créancier le privilège par la raison que l'article 2082, § 1 ne parle que du droit de rétention, et que si le paragraphe 2 du même article contient une exception au principe posé dans le paragraphe 1, cette exception n'a évidemment trait qu'au droit de rétention, dont elle augmente le champ d'application. Dans le même sens, on fait valoir encore avec raison que les privilèges sont de droit étroit. Enfin le gage tacite ne suppose pas réalisées les conditions posées par les articles 2074 et 2075 du Code civil ; or un gage constitué au mépris des prescriptions qu'édictent ces textes ne peut jamais conférer de privilège au créancier (1).

Si donc l'article 2082, § 2 n'accorde au créancier que

(1) En ce sens : Guillouard, *Du nantissement*, p. 163, § 157 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. I, p. 111, § 109. En sens contraire : P. Pont, *Des petits contrats*, t. II, § 1199.

le droit de rétention, il est inutile de discuter plus longuement la question de savoir s'il est ou non applicable au nantissement du fonds de commerce, puisque ce nantissement est un nantissement sans possession et que par conséquent il ne peut jamais faire naître de droit de rétention.

B. — *Rang du privilège du créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce.*

Un même fonds de commerce peut être grevé de plusieurs privilèges de nature différente. Il peut exister aussi plusieurs inscriptions de nantissement sur un même fonds. C'est ainsi que se pose la question du rang du privilège du créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce. Pour la répartition du prix de vente du fonds de commerce, une procédure de distribution s'ouvre, quel sera le rang auquel viendra le créancier nanti du fonds pour le paiement de ce qui lui est dû ?

Il est de principe qu'entre les divers créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges (art. 2096, C. civ.).

Or le créancier nanti du fonds de commerce peut se trouver en conflit :

1° Avec des créanciers munis de l'un des privilèges généraux de l'article 2101 du Code civil ;

2° Avec certains créanciers munis de l'un des privilèges spéciaux sur les meubles de l'article 2102 du Code civil, tels que le bailleur de l'immeuble où est exploité le fonds, le vendeur du fonds de commerce, le vendeur des marchandises qui dépendent du fonds ;

3° Avec d'autres créanciers également nantis du même fonds.

a. — *Conflit avec les créanciers munis de privilèges généraux.*

Pour aider à la solution des conflits que nous exposons, rappelons d'un mot que l'esprit de la loi du 1^{er} mars 1898 veut que l'on traite le nantissement du fonds de commerce comme si ce nantissement conférait au créancier la possession du fonds, et que, sauf la question du droit de rétention, à tous égards, le créancier soit assimilé à un véritable créancier gagiste.

Partant de cette donnée, nous chercherons la solution du conflit qui nous préoccupe dans les principes qui permettent d'établir le rang des privilèges spéciaux en concours avec les privilèges généraux.

Pour déterminer la faveur que la loi accorde aux privilèges, il faut rechercher sur quel fondement ils reposent. Or les frais de justice qui profitent à tous les créanciers doivent être supportés par tous en ce sens que leur recouvrement pourra être poursuivi par préférence à toutes autres créances (1).

Vient ensuite le privilège du gagiste, par conséquent le privilège du créancier garanti par un nantissement de fonds de commerce, lequel prime tous les autres privilèges généraux. Il n'y a point ici de difficultés particulières à la matière, c'est l'application pure et simple des principes généralement enseignés (2).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., Priv. et hyp.*, t. 1, p. 670, § 773.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., Priv. et hyp.*, t. 1, p. 673, § 778.

b. — *Conflit entre le créancier nanti du fonds de commerce et certains créanciers munis de privilèges spéciaux.*

α) Conflit avec le bailleur de l'immeuble où est exploité le fonds de commerce.

Les privilèges en conflit sont ici du même ordre, puisque l'un et l'autre reposent sur une idée de nantissement. Il faut donc chercher ailleurs le critérium qui permettra d'établir la priorité de l'un d'eux.

La plus ancienne des possessions prime l'autre. En effet, dès lors que l'un des créanciers a été mis en possession même fictivement, il est juridiquement impossible, tant qu'il n'a point perdu cette possession, que la possession d'un autre créancier s'exerce sur le même objet à son détriment.

Encore faut-il bien se rendre compte que le privilège du bailleur ne s'exerce que sur les meubles corporels, qui garnissent le fonds, les seuls qui aient pu entraîner la confiance qu'il a accordée à son locataire. La question n'aurait donc aucun intérêt si le matériel et les marchandises, qui garnissent l'immeuble loué n'entraient pas dans la composition du fonds de commerce, ainsi qu'il a été soutenu par les tribunaux du Havre, de Chalon-sur-Saône... (1), mais cette doctrine n'est pas fondée (2), et le conflit se présente ici dans toute sa gravité.

Toute la question est de savoir à quelle époque en fait

(1) Trib. com. Havre, 30 mars 1899, *Journ. des faill.*, 1900, p. 87 et suiv. ; Chalon-sur Saône, 17 décembre 1900 ; Angers, 7 décembre 1900 ; Amiens, 7 juillet 1900, D. 1901.2.103 et suiv. ; Poitiers, 3 juin 1901 (trib. com.), *Journ. des faill.*, septembre-octobre 1901, p. 405.

(2) Suivant l'opinion défendue, p. 119 et suiv.

remonte la possession de chacun des deux créanciers privilégiés. Ainsi que nous l'avons dit, c'est l'inscription qui constitue la mise en possession du créancier nanti ; quant au bailleur, sa mise en possession est constituée par le contrat de bail.

Le locateur sera donc préféré au créancier nanti, si le privilège de ce dernier n'était pas inscrit au moment où le fonds de commerce a été établi dans les lieux loués. Il n'y a pas à se préoccuper de la bonne ou mauvaise foi du bailleur, le privilège du créancier nanti ne lui est pas opposable, tant qu'il n'a pas été rendu public.

En terminant, notons que le locateur ne peut invoquer son privilège que pour les loyers du bail en cours à l'époque où a été prise l'inscription du créancier nanti. Si le bail, arrivé à son terme, était renouvelé, le bailleur ne saurait prétendre faire remonter son privilège à la date du premier bail consenti. Quand le bail expire, le privilège du bailleur disparaît ; quand le bail est renouvelé, c'est un nouveau privilège qui prend naissance (1), du jour où commence à courir le nouveau bail.

β) Conflit entre le vendeur du fonds de commerce
et le créancier nanti du même fonds.

Il est assez rare que pareil conflit se présente. Le concours des créanciers privilégiés suppose en effet l'insolvabilité du débiteur, qui entraîne sa faillite. Or en cas de faillite, le privilège du vendeur disparaît, en vertu de l'article 550 du Code de commerce.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., Priv. et hyp.*, t. I, p. 37, § 67.

Mais la question ne soulèverait guère de difficultés, même si par impossible elle se présentait (1).

L'article 2102 du Code civil ne classe pas, il est vrai, les privilèges spéciaux sur les meubles, comme l'article 2101 classe les privilèges généraux ; mais l'article 2102 ne se contente pourtant pas d'une énumération rapide, il règle le concours de quelques créanciers privilégiés entre eux. C'est donc en s'inspirant de l'esprit de ce texte que l'on peut arriver à une solution équitable des conflits, qui n'ont pas été formellement prévus.

C'est ainsi par exemple, que dans son paragraphe 4 l'article 2102 permet au vendeur d'effets mobiliers d'exercer son privilège, mais seulement après celui du propriétaire de la maison louée ou de la ferme. La doctrine en conclut avec raison que la loi préfère le créancier gagiste, ici représenté par le bailleur, au vendeur de meubles. Donc en matière de nantissement de fonds de commerce, le créancier n'a pas à redouter le concours du vendeur impayé.

A la vérité, les intérêts du vendeur paraissent sacrifiés, n'est-ce pas du moins contraire à l'équité que d'exposer ainsi le vendeur du fonds de commerce à ne toucher son prix de vente qu'en monnaie de dividende ? Il n'a aucune faute à se reprocher et il se voit exclu de la masse privilégiée par un créancier qui n'a de privilège que grâce à l'augmentation de patrimoine du débiteur, dont lui vendeur, fait seul les frais.

Si fâcheuse qu'elle soit pour le vendeur, cette solution n'est pas due à l'influence de la loi du 1^{er} mars 1898 ; et si elle blesse l'équité la cause en doit remonter à l'organisation générale des privilèges dans notre droit.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. 1, p. 55, § 67-4^o.

« En législation, dit M. Thaller (1), il serait possible de remédier à cette situation, en créant un registre public, sur lequel les vendeurs de machines ou appareils auraient à inscrire leur privilège, qui se trouveraient ainsi dûment conservé. . . . »

Cette solution ne présente d'ailleurs pas d'inconvénients bien sérieux, parce que le vendeur a un moyen très simple de garantir et sauvegarder ses intérêts, et parce que la loi du 1^{er} mars 1898 elle-même lui offre de nouvelles facilités dans ce but. Il lui suffira en effet de ne pas se contenter du privilège que lui confère l'article 2102, § 4, mais de stipuler, dans l'acte de cession, que le fonds de commerce, dont il transmet la propriété, lui demeurera affecté à titre de nantissement, et de faire inscrire le privilège ainsi constitué à son profit (2).

« Il pourrait même, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, pour se mettre à l'abri de toute fraude, subordonner la vente, qu'il consent, à la condition formelle que son inscription requise dans un délai convenu entre les parties, ne fût pas précédée par une autre inscription de créancier gagiste (3). »

γ) Conflit entre le créancier nanti du fonds de commerce et le vendeur de l'un des effets mobiliers qui composent le dit fonds de commerce.

La même solution doit être étendue au cas de conflit

(1) Thaller, *œuv. cit.*, 2^e édit., p. 1012, § 1938.

(2) « Cette théorie peut surprendre ; elle rompt avec cette idée que la loi doit pourvoir elle-même à la sécurité du vendeur non payé. Elle nous est inspirée par les règles nouvelles de la loi du 1^{er} mars 1898. Elle nous paraît seule de nature à protéger efficacement le vendeur : Baudry et de Loynes, I, § 67-4^o, p. 57.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, *œuv. cit.*, t. I, § 67, IV, p. 56.

entre le vendeur d'un meuble entré dans la composition du fonds de commerce et le créancier nanti dudit fonds. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers ne s'exerce qu'après le privilège du créancier gagiste (1).

c. — *Conflit entre les différents créanciers
nantis du même fonds de commerce.*

Dans ce cas, l'ordre des inscriptions indique l'ordre de préférence des divers créanciers, c'est donc l'inscription, conclut M. Bellon, qui conserve le droit de préférence attaché à cette « nouvelle hypothèque mobilière » (2). Cette hypothèse ne fait pas difficulté.

En effet, entre deux créanciers ayant obtenu un gage sur un même objet, la préférence appartient à celui qui est en possession. Or, comme nous l'avons montré, l'inscription, dans la pensée du législateur de 1898, est destinée à tenir lieu de mise en possession comme de toutes autres formalités du droit commun. C'est donc le premier inscrit qui est réputé être en possession.

Au surplus, on peut invoquer par analogie, dans le même sens, l'article 2134 du Code civil, qui, en matière hypothécaire, accorde la priorité au premier créancier inscrit.

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nant., priv. et hyp.*, t. 1, p. 659, § 763.

Même dans le cas où le vendeur de meubles devenus immeubles par destination se trouve en conflit avec les créanciers hypothécaires de l'acheteur, on admet que le privilège du vendeur n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. I, p. 362, § 364).

(2) Bellon, *œuv. cit.*, p. 160.

§ 3. — Du droit de suite.

Bien des auteurs attribuent au créancier nanti d'un fonds de commerce un véritable droit de suite (1).

« Le créancier est encore investi d'un droit de suite, qui lui permet de méconnaître les aliénations du fonds, consenties par le propriétaire, et d'en poursuivre la vente même contre les tiers acquéreurs (2).

« L'existence du droit de suite, dit encore M. Bellon (3), ne nous paraît pas douteuse : elle s'explique tout naturellement si l'on admet avec nous que le droit du créancier est un droit d'hypothèque. »

Même si l'on persistait à voir dans le nantissement du fonds de commerce un simple droit de gage, il faudrait encore, d'après M. Bellon, admettre, au profit du créancier, l'existence du droit de suite. Si le créancier n'avait qu'un droit de rétention, il se trouverait, au cas de dépossession, dans l'impossibilité de le recouvrer, parce que la nature mobilière du fonds de commerce fait obstacle à l'exercice d'une action en revendication : il faut donc admettre l'exercice du droit de suite.

Notre seule objection est que cette opinion est contraire aux principes.

« En vérité, dit M. Magnin, il peut paraître singulier d'accorder un droit de suite, c'est-à-dire une action réelle, de même nature que la revendication, à un créancier, qui n'a jamais eu la possession du fonds donné en gage, et qui n'est pas titulaire d'une hypothèque véritable. Pour avoir le droit d'intenter une action de ce genre, si l'on

(1) Lesur, *œuv. cit.*, p. 223 et suiv., § 150 et suiv.

(2) Magnin, *œuv. cit.*, § 14, p. 30.

(3) Bellon, *œuv. cit.*, p. 161.

n'est pas créancier hypothécaire, il faut avoir été propriétaire ou possesseur (1). »

M. Magnin justifie son opinion par l'insuffisance des conséquences de l'opinion contraire.

Tout d'abord, le droit de suite est l'un des attributs essentiels du droit réel en général ; mais si le créancier ne peut pas s'en prévaloir c'est que les biens donnés en gage sont ordinairement des meubles corporels, dont la possession, si elle est de bonne foi, suffit à faire échouer toute poursuite en revendication.

Si le gage porte sur un fonds de commerce, qui est un meuble incorporel, l'acquéreur, même de bonne foi, ne peut repousser la revendication du gagiste, en se couvrant de la protection de l'article 2279 du Code civil, et le droit de suite, qui découle du droit réel du gagiste, ne se trouvant paralysé par aucun obstacle juridique, peut s'exercer librement.

Toutefois, remarque M. Magnin (2), le droit de suite ne porte que sur l'ensemble du fonds de commerce et non sur les marchandises ni sur le matériel considérés séparément, parce que le gage ne frappe ces objets que comme éléments constitutifs du fonds de commerce, et aussi longtemps qu'ils y demeurent attachés. Si le débiteur les aliène, cette aliénation est valable, opposable au créancier, parce que les marchandises et le matériel ne font plus partie intégrante du fonds de commerce et parce que leur condition juridique de meubles corporels les soumet nécessairement à l'empire de l'article 2279.

« On peut même dire, ajoute M. Magnin, que le créan-

(1) Magnin, p. 30, § 14.

(2) Magnin, *œuv. cit.*, p. 32, § 14, note 1.

cier ne pourrait prétendre à aucun droit de préférence sur le prix de ces objets, s'il était encore dû et s'il le frappait de saisie-arrêt... »

Le droit de suite ne grevant pas les marchandises, dès qu'elles sont sorties du fonds, ne peut donc pas nuire au crédit des commerçants, ni à la sécurité nécessaire aux relations d'affaires.

Cette opinion doit être écartée.

« En admettant, disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, que le débiteur puisse aliéner le fonds de commerce, il est impossible de reconnaître au créancier un véritable droit de suite, et la faculté de poursuivre la revendication de son gage entre les mains d'un tiers acquéreur et sur la tête de celui-ci (1). »

Nous repoussons catégoriquement la théorie qui attribue au créancier nanti d'un fonds de commerce un véritable droit de suite, nous la repoussons parce qu'elle ne repose sur aucun fondement sérieux. Jamais on n'a eue l'idée d'accorder au créancier gagiste un droit de suite. Si le créancier gagiste a une action réelle analogue à l'action en revendication, c'est en vertu des règles du droit commun des articles 2279 et 2280. Si ces articles ne peuvent trouver leur application en notre matière, ce n'est pas une raison pour y suppléer par une innovation, qu'aucun texte n'autorise.

SECTION III. — Des obligations du créancier et du débiteur.

Suivant les principes élémentaires du contrat de gage, le créancier, qui a reçu une chose pour garantir le paie-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hypoth.*, t. I, p. 72, § 84.

ment de ses droits, est tenu à la restituer. Eventuellement certaines obligations peuvent naître également à la charge du débiteur.

Il s'agit de savoir quelles obligations peut engendrer à la charge des parties, le nantissement du fonds de commerce. La question se résout facilement à la lumière des principes que nous avons précédemment posés.

§ 1. — Obligations du créancier.

Les obligations du créancier gagiste se ramènent, en droit commun, aux deux suivantes : le créancier est tenu de conserver la chose remise en nantissement et de la restituer, dès que la dette, pour sûreté de laquelle elle lui a été remise, est éteinte par l'une des causes admises par la loi.

Les principes du droit civil trouvent-ils ici leur application ? Evidemment non, pour la raison qu'il ne peut être question de conserver ou de rendre que ce qui a été matériellement remis à titre de gage, ou de dépôt ou de prêt. Or s'agit-il d'un nantissement de fonds de commerce, il va de soi que le créancier ne recevant plus la détention effective de la chose, puisque le débiteur continue à exploiter le fonds de commerce constitué en nantissement, le créancier ne peut pas être tenu à aucune obligation ni responsabilité à raison de cette détention, qui est purement fictive.

Les rôles sont ici renversés ; puisque c'est le débiteur qui est en possession du fonds engagé, n'est-il pas tenu à conserver, afin de ne point restreindre ou diminuer par sa faute ou sa négligence, la valeur du gage ? C'est le problème qu'il nous faut maintenant résoudre.

§ 2. — Obligations du débiteur.

Le débiteur conservant le droit d'exploiter son fonds de commerce, il doit en continuer la gestion, comme le ferait un bon administrateur. Pour en continuer la gestion, il devra acheter, vendre des marchandises, personne ne lui en fera grief, pour autant que ses achats soient en rapport avec les nécessités de son commerce ; et c'est ici que doit être posée cette importante réserve que le débiteur devra gérer son fonds comme un bon administrateur. Il sera donc tenu de sa « culpa levis in abstracto » car il délient pour le compte du créancier(1), et doit s'abstenir de « tout fait quelconque, de nature à déprécier ou démembrer le fonds qu'il exploite » (2).

L'obligation du débiteur rentre donc dans les obligations de faire et de ne pas faire. La conséquence est qu'elle se résout en dommages-intérêts toutes les fois que le créancier nanti peut prouver la négligence ou la faute du débiteur et justifier le préjudice dont il se plaint.

Est-ce à dire que le droit à des dommages-intérêts soit la seule sanction des obligations du débiteur ? Cette sanction pourrait bien être absolument inefficace, si l'on suppose que le créancier est un bailleur de fonds, qui s'est fait attribuer en nantissement le fonds de commerce de son débiteur, pour sûreté de sa créance remboursable à terme. Il court le risque de la négligence du débiteur funeste à son gage, et quand la valeur du fonds se trouvera réduite presque à néant, il sera bien inutile au

(1) En ce sens : Bellon, *œuv. cit.*, p. 178 ; Montier, *Du nantissement des fonds de commerce*, § 123, p. 94.

(2) R. Lesur, *œuv. cit.*, p. 172 et 173.

créancier d'avoir obtenu par jugement des dommages-intérêts, si rien n'en garantit le paiement.

L'article 1188 du Code civil offre une ressource plus efficace ; c'est la déchéance du terme, quand le débiteur a par son fait diminué les sûretés qu'il avait accordées à son créancier. Le créancier pourra donc user immédiatement des droits que lui confère la loi pour se faire payer dès que la valeur du gage est en péril (1).

Doit-il enfin être question d'une sanction pénale ? L'article 408 du Code pénal punit comme coupable d'abus de confiance, celui qui a « détourné, dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou débiteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé ».

Cette sanction n'est pas applicable au débiteur, qui détient le fonds de commerce pour le compte du créancier. La loi pénale n'est jamais susceptible que d'une interprétation restrictive. Or comment peut-on dire que le débiteur a reçu la chose à titre de nantissement ? C'est au contraire le débiteur qui a constitué le nantissement.

De plus, ainsi que le remarque très justement M. Lesur (2), bien que le texte de l'article 408 du Code pénal ne le dise pas, il est évident que le détournement qu'il

(1) V. en ce sens : Bellon, *œuv. cit.*, p. 178 ; R. Lesur, § 407, p. 115 et 176.

(2) R. Lesur, *Du nantissement des fonds de commerce*, § 407, p. 175 et suiv.

visé, c'est le détournement de la chose d'autrui, on ne commet pas le délit pénal en détournant sa propre chose.

Enfin, pour faire l'application de l'article 408 à l'hypothèse d'un gage sans déplacement analogue au nantissement du fonds de commerce, la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles a estimé qu'une disposition spéciale était nécessaire pour engager la responsabilité pénale de l'agriculteur.

Quant aux autres obligations, obligation de tenir compte des impenses que le créancier a faites pour la conservation du gage, obligation d'abandonner les intérêts au créancier, quand le gage porte sur une créance, elles supposent que le créancier détient matériellement le gage. Par suite, elles ne peuvent pas être mises à la charge du débiteur, qui a constitué en nantissement son fonds de commerce.

CHAPITRE IV

EXTINCTION DU NANTISSEMENT D'UN FONDS DE COMMERCE.

La définition du nantissement donnée par l'article 2071 du Code civil, fait bien ressortir le caractère accessoire de ce contrat. Le nantissement n'intervient que pour sûreté d'une dette. Il s'en suit qu'en plus des causes d'extinction du gage lui-même, le contrat peut se trouver inutile et sans effet par suite de l'extinction de l'obligation qu'il garantit.

L'extinction du nantissement peut donc s'opérer de deux manières : par voie de conséquence ou par voie principale.

§ 1. — Extinction par voie de conséquence.

L'extinction de la créance garantie par le nantissement emporte toujours l'extinction du nantissement lui-même.

Il s'en suit tout naturellement que le paiement, la novation, la remise de la dette, la confusion, la compensation, l'effet de la condition résolutoire accomplie, la prescription, le mutuel dissentiment, qui éteignent l'obligation principale, ont aussi pour résultat d'éteindre le nantissement qui la garantissait. La nullité, la résolution, la rescision de l'obligation principale emportent la nullité, la résolution, la rescision du nantissement.

Toutefois, comme le remarque M. Lesur (1), pour que

(1) R. Lesur, *œuv. cit.*, p. 234, n° 162.

l'extinction du nantissement puisse s'opérer par voie de conséquence, il faut que l'obligation principale disparaisse totalement, parce qu'aux termes de l'article 2083 du Code civil, le gage est indivisible et subsiste pour le tout pour la garantie de chaque partie de la dette.

Il n'y a rien en tout ceci que l'application des principes du droit commun ; elle ne soulève aucune particularité en matière de nantissement de fonds de commerce.

§ 2. — Extinction par voie principale.

Les modes d'extinction du nantissement par voie principale sont : la renonciation du créancier à la sûreté qui lui a été conférée, la prescription, la perte du fonds, le défaut d'inscription en temps utile et la confusion produite par la réunion sur la même tête de la qualité de créancier gagiste et de la qualité de propriétaire du fonds.

A. — Renonciation du créancier gagiste.

La renonciation expresse du créancier ne présente aucune particularité en notre matière.

La renonciation tacite résulte d'une série d'actes impossibles à énumérer, mais qui impliquent l'intention chez leur auteur de ne point se prévaloir de la garantie qui lui était conférée.

Nous en faisons une application spéciale qui mérite d'arrêter l'attention. En matière de gage, les principes généraux veulent que le créancier gagiste non seulement soit mis en possession, mais qu'il demeure en possession. De même, en matière de nantissement de fonds de commerce il peut y avoir perte de la possession, puisque juridiquement l'inscription constitue la mise en posses-

sion. Par conséquent, tous les actes qui peuvent impliquer l'intention chez le créancier de perdre le bénéfice de son inscription.

Le tribunal de commerce de la Seine (1) ne nous paraît pas avoir admis cette opinion. Le tribunal de commerce de Rouen s'est mieux conformé aux principes (2).

(1) Trib. com. Seine, 15 octobre 1898, *Journ. des faill.*, 1899, § 3241, p. 90. — Un nantissement de fonds de commerce avait été consenti en garantie d'un prêt de 20.000 francs. L'acte stipulait qu'en cas de cessation de commerce ou d'association du débiteur avec un tiers, la somme prêtée deviendrait immédiatement exigible. Or quelques mois plus tard, le débiteur forma avec un tiers une société en nom collectif dans laquelle il apportait le fonds de commerce. Survint la faillite de la société, le créancier sollicita une admission privilégiée au passif de ladite faillite à concurrence des 20.000 francs prêtés. Sa demande fut repoussée ; mais au lieu de se prévaloir du dessaisissement du créancier nanti, résultant de la connaissance qu'il avait eue de la constitution de la nouvelle société, et de l'apport en nature, qui y était fait, le tribunal de la Seine se contenta de faire valoir qu'à aucun titre, le demandeur n'était créancier de la société, mais qu'il était demeuré seulement créancier personnel de l'associé ; or le fonds de commerce avait disparu de l'actif personnel du débiteur.

Le fait est que le nantissement en question remontait à 1896, qu'à cette époque, la jurisprudence exigeait, pour la validité du nantissement du fonds de commerce, la remise des titres au créancier et la signification du contrat au bailleur ; or comme ces formalités ne produisaient qu'une dépossession purement fictive, le créancier pouvait demeurer en possession des titres que lui avait remis son débiteur, sans que celui-ci pût exciper du dessaisissement, qui lui aurait fait perdre le privilège du gagiste. Pour écarter la prétention du créancier nanti, il fallait d'autres motifs.

(2) Trib. com. Rouen, 12 juillet 1900, D. 1901, 5^e cahier, 2.103 ; S. 1901, 6^e cahier, 2.177 et la note de M. A. Wahl sous ce jugement ; Trib. com. Rouen, 13 juillet 1900, D. 1901, 5^e cahier, 2.110, infirmé par la Cour de Rouen, le 2 janvier 1901, D. 1901, 2.111.

Par suite d'une erreur matérielle, le *Recueil* de Sirey porte à la date du 13 juillet 1900, le jugement du tribunal de commerce de Rouen, que le *Recueil* de Dalloz fait remonter au 12 juillet 1900.

Il a décidé notamment que le créancier auquel a été donné en gage un fonds de commerce, ne perd pas son privilège lorsqu'il a laissé vendre le fonds sans protestation et que le produit de la vente a été versé par l'officier public, chargé de la vente, entre les mains du syndic de la faillite ;

« Attendu qu'on ne saurait équitablement admettre qu'on puisse se prévaloir du fait du versement effectué aux mains du syndic, ès-qualité, par le notaire, du produit de la vente du fonds, pour soutenir que les droits du créancier soient annulés ;

« Attendu que le gage a été régulièrement constitué par le fait de la publicité prescrite ; que le privilège suit le gage partout où il se trouve, avant comme après sa réalisation ;

« Attendu que c'est en vain que, dans l'espèce, on voudrait assimiler la situation du créancier à celle du bailleur qui laisserait disparaître son gage ; qu'il appert qu'aucune prescription de loi ne lui imposait cette formalité ; qu'il ne peut être l'objet d'une déchéance, qui n'existe dans aucune loi ; qu'il faut donc dire qu'il n'a point perdu son privilège de ce fait... »

M. A. Wahl (1) fait remarquer que la question ainsi présentée est double :

1° La vente par le syndic de la faillite fait-elle perdre au créancier nanti son privilège ?

2° Le versement des deniers provenant de la vente entre les mains du syndic n'a-t-il pas du moins cet effet ?

Le tribunal de Rouen admet avec raison que le fait de

(1) V. la note de M. A. Wahl sous Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901. 2.177.

laisser vendre, à la diligence du syndic, ne porte point préjudice au créancier nanti. Ce créancier n'a en réalité qu'une possession fictive, qui ne lui permet pas de réaliser le gage, ni d'en encaisser le prix (1). Mais le prix reste soumis à son privilège : ce n'est pas en effet sur la chose, mais sur le prix que peut s'exercer le privilège. Le droit de préférence est un droit de priorité entre créanciers et ne peut s'exercer que sur la somme d'argent, qui est le prix du gage. Tant que le prix reste dû, le privilège subsiste.

Objecte-t-on que l'article 2076 du Code civil prive de son privilège le créancier gagiste dépossédé, et que par conséquent le créancier nanti ne peut réclamer son admission privilégiée, si la vente du fonds n'a pas été provoquée par lui (2) ?

Mais il faudrait d'abord démontrer que c'est spontanément que le créancier abandonne son gage pour le faire vendre, affirmant ainsi son intention de renoncer à l'exercice de son privilège.

En second lieu, lorsque le gage a lieu sans dépossession du débiteur, il est évident qu'on ne peut attacher la perte du privilège à une dépossession du créancier, cette dépossession ne pouvant pas matériellement se produire. « Ce qui est exact, c'est que le débiteur possédant pour le compte et dans l'intérêt du créancier, la dépossession du débiteur, avec le consentement du créancier, met fin au privilège de ce dernier. Par conséquent, si le débiteur vend ou transmet à un titre quelconque le fonds de commerce au profit d'un tiers, et que le créancier en-

(1) Rouen, 13 juillet 1900, D. 1901.2.110.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. I, § 84 ; Guillouard, *Traité du nantissement*, § 109, p. 112.

tende, en s'associant à cette transmission, se dépouiller de son gage, le privilège est perdu. Mais, si la vente a lieu sans le consentement du créancier, ou même si ce dernier consent à la vente, sans vouloir abdiquer son privilège sur le prix, le prix est soumis à son privilège (1). »

Le privilège du créancier nanti subsiste-t-il même après le versement des deniers entre les mains du débiteur ou du syndic ?

La Cour de Rouen infirmant un jugement du tribunal de commerce de la même ville en date du 13 juillet 1900, déclare nettement que, après comme avant la faillite du débiteur, le prix ou la valeur du gage reste affecté par privilège et préférence à la garantie du créancier jusqu'à concurrence de sa créance et de ses accessoires, conformément aux dispositions expresses de l'article 2073 du Code civil (2).

Cependant, à propos du vendeur d'effets mobiliers non

(1) Wahl sous Rouen, 13 juillet 1900, précité.

Le tribunal de commerce de Rouen va même encore plus loin, il déclare le privilège perdu par le seul fait que le créancier, qui avait laissé vendre le fonds de commerce par son débiteur, ne lui avait point demandé compte du prix, ni intenté contre lui aucune poursuite judiciaire ; en sorte que son silence pouvait faire croire qu'il renonçait à la clause du contrat de nantissement, qui l'y autorisait.

(2) La seule préoccupation de la Cour de Rouen est de savoir si le créancier était bien, au regard des tiers, en possession du fonds de commerce.

C'est encore la même solution que consacre le tribunal de commerce de Rouen du 12 juillet 1900 (D. 1901.2.99 et suiv.). On ne saurait, dit-il, équitablement admettre que le syndic puisse se prévaloir du fait du versement des deniers provenant de la vente, entre ses mains, par le notaire, pour soutenir que le créancier nanti du fonds de commerce ait perdu tous ses droits.

payé, la doctrine décide que si le meuble a été revendu, le privilège du premier vendeur est perdu. Il ne peut pas revendiquer, puisque l'article 2279 s'y oppose ; il ne peut pas demander non plus à être colloqué par préférence sur le prix : le prix a été payé et il n'y a plus de créance dont le montant doive être distribué (1).

C'est la situation qui se présente dans l'hypothèse d'un créancier nanti, qui demande paiement par privilège sur un prix qui n'est plus dû, et qui étant tombé dans la masse de la faillite, devient le gage commun de tous les créanciers. Cette solution est logique.

La Cour de Rouen se défend bien mal quand elle soutient que l'événement de la faillite du débiteur ne peut pas avoir la vertu légale de faire rentrer en la possession du débiteur, ce qui en était régulièrement sorti par l'effet du contrat de nantissement. Ce n'est pas évidemment ce que prétend l'opinion contraire, il ne s'agit pas d'attribuer à la faillite des effets qu'elle ne produit point.

La preuve en est que la solution ne changerait nullement si, au lieu d'être en faillite, le débiteur se trouvait *in bonis* ; il est certain que le débiteur *in bonis*, qui reçoit le prix de vente du fonds de commerce précédemment donné en nantissement, reçoit une valeur qui n'est pas affectée par préférence à la garantie des droits du créancier nanti, mais devient le gage commun de tous ses créanciers.

Il est vrai qu'un arrêt de la Cour d'Orléans du 19 avril 1899 (2) autorise le bailleur d'un immeuble à se payer par privilège sur le prix de la vente du mobilier, alors

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. I, p. 462, § 496.

(2) C. Orléans, 29 avril 1899, *J. des faill.*, 1899, p. 407, § 3331.

que ce mobilier a été enlevé et vendu par le syndic sans aucune opposition de la part du bailleur. Mais, les deniers étaient, dans l'espèce, restés déposés à la Caisse des dépôts et consignations, avec indication de leur origine. De plus, l'arrêt constate que le créancier n'avait pas cessé de manifester sa volonté de conserver son privilège, ainsi que le reconnaissait le syndic lui-même.

Il s'agissait donc d'une hypothèse particulière, dont la solution ne doit pas servir à condamner celle qui s'impose et qui est commandée par le principe que les privilèges sont de droit étroit.

B. — *De la prescription.*

Si le fonds de commerce grevé du nantissement est entre les mains du débiteur, la prescription ne peut servir à éteindre le nantissement qu'en éteignant l'obligation principale et nous retombons dans la précédente catégorie des modes d'extinction du nantissement par voie de conséquence.

La prescription ne devient une cause d'extinction du nantissement par voie principale que si le fonds de commerce est entre les mains d'un tiers détenteur. Dans cette hypothèse, la prescription de la créance est distincte de la prescription du nantissement et il peut se faire que le nantissement seul soit prescrit. En effet, le créancier a pu interrompre la prescription vis-à-vis de son débiteur et négliger de le faire vis-à-vis du tiers détenteur du fonds. De même, les causes de suspension de la prescription n'étant pas forcément les mêmes vis-à-vis du débiteur et vis-à-vis du tiers détenteur, il peut arriver que le délai de la prescription ne soit pas encore atteint vis-à-vis du débiteur et que le nantissement soit prescrit.

C. — *Perte du fonds de commerce.*

La perte du fonds de commerce peut être due à des causes de diverses natures. La mauvaise administration du fonds peut lui enlever toute sa valeur, en sorte qu'en cas de vente, aucun acquéreur ne se présente. En ce cas le nantissement n'a plus de base sérieuse ; c'est comme s'il n'existait plus.

En cas d'incendie, le créancier garanti par un nantissement du fonds de commerce peut-il prétendre à un droit privilégié sur les indemnités que verseront les compagnies d'assurances ?

A cette question d'un grand intérêt pratique, l'article 2 de la loi du 19 février 1889 nous semble répondre d'une façon satisfaisante pour le créancier :

« Les indemnités d'assurances... sont attribuées, sans qu'il soit besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang (1). »

D. — *Défaut d'inscription du nantissement en temps utile.*

Nous avons précédemment étudié la question de savoir dans quel délai doit être prise l'inscription ; rappelons d'un mot que le créancier gagiste, qui se laisse surprendre par l'aliénation du fonds de commerce avant l'inscription de son nantissement, n'est pas fondé à se prévaloir de son droit privilégié à l'encontre du tiers acquéreur et ne peut plus requérir l'inscription.

La faillite et la liquidation judiciaire mettent également obstacle à la prise de toute inscription.

Dans chacune de ces hypothèses, il n'est pas tout à fait

(1) R. Lesur, *œuv. cit.*, p. 245, § 175.

exact de dire que le nantissement soit éteint ; mais, le résultat est le même, en ce sens que le nantissement du fonds de commerce non inscrit ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers. Or comme le nantissement n'a pas d'autre résultat que de créer une situation privilégiée qui permette au créancier de primer les autres, il lui est indifférent d'obtenir une garantie si elle n'est pas efficace à l'égard des tiers.

E. — Confusion provenant de la réunion sur la même tête de la qualité de créancier gagiste et de celle de propriétaire du fonds de commerce constitué en nantissement.

La confusion n'est pas non plus une véritable cause d'extinction du nantissement ; de même qu'elle n'est pas non plus une véritable cause d'extinction des obligations, puisqu'elle a plutôt pour effet de paralyser l'exercice des droits des contractants.

Par conséquent, s'il survenait un cas où le créancier aurait intérêt à se prévaloir de son privilège, comme il arriverait en cas de conflit avec d'autres créanciers gagistes, rien ne s'opposerait à ce qu'il fit valoir son privilège à leur égard.

Terminons cette étude des modes d'extinction du nantissement par une simple remarque sur l'abus de jouissance, qui est considéré, en matière de gage, comme une cause d'extinction du privilège du créancier.

En matière de nantissement de fonds de commerce il ne peut pas en être question, parce que l'abus de jouissance suppose nécessairement une possession effective, c'est le débiteur qui détient le fonds de commerce pour en continuer l'exploitation.

APPENDICE. — De la radiation.

Comme conclusion à l'étude de l'extinction du nantissement, disons quelques mots de la radiation de l'inscription.

Quand l'inscription n'a plus d'objet, il faut en principe en avertir les tiers. La radiation remplit ce rôle. Elle ne consiste pas à biffer l'inscription. Ce procédé serait dangereux (1) ; parce que si plus tard la radiation venait à être annulée pour une cause quelconque ; l'inscription sur laquelle elle portait, reprendrait toute sa force sans aucun autre changement qu'une nouvelle mention indiquant que la radiation a été opérée à tort. On concevrait deux moyens de rayer une inscription, c'est d'abord une mention en marge portant que l'inscription n'a plus d'objet. Un autre mode consisterait dans la tenue d'un registre, registre des radiations. Ce second système est beaucoup moins pratique, puisqu'il oblige les tiers ou le greffier, sur la demande des tiers, à consulter deux registres au lieu d'un.

Mais la loi est absolument muette sur ce point ; et les greffiers des tribunaux de commerce interprètent son silence dans le sens le plus propre à dégager leur responsabilité.

Au greffe du tribunal de commerce de la Seine, en particulier, il n'est accepté aucune mainlevée d'inscription. De nombreux greffiers se refusent à délivrer des certificats de radiation.

Cette solution s'explique parfaitement (2), mais elle est

(1) Planiol, *œuv. cit.*, t. II, p. 900, § 3058.

(2) V. de ce sens : arrêt de la Cour de Nancy, 26 octobre 1901, *Gaz. du Pal.*, 13 novembre 1901.

très regrettable. Si, après avoir désintéressé un premier créancier, le débiteur, de nouveau dans l'embarras, se voit dans la nécessité de solliciter d'un tiers un découvert, lui offrant en garantie le nantissement du fonds de commerce qu'il exploite, ce second créancier réclamera la preuve que l'inscription déjà prise n'a plus d'objet, et cette preuve sera malheureusement impossible à fournir.

PROJET DE RÉFORME ET CONCLUSION

La critique de la loi du 1^{er} mars 1898 a été essayée déjà par de nombreux praticiens. En fait, la controverse que voulait éteindre le législateur a survécu et les dispositions nouvelles introduites dans notre Code civil, n'ont pas manqué d'exercer la sagacité des auteurs, qui les ont pliées aux nécessités des opinions qu'ils défendaient précédemment. Aussi, l'application de la loi du 1^{er} mars 1898 a-t-elle soulevé des difficultés nouvelles, diversement résolues, suivant les intérêts en jeu.

« La loi apporte un trouble profond à la rapidité, à la sécurité des transactions, à l'élasticité du crédit (1). Le créancier entreprenant et adroit, profitant du moment où le fonds est bien agencé, menace de la faillite et obtient le gage. Le commerçant, qui a engagé son fonds, est discrédité à l'égard de tous les autres fournisseurs éventuels. Il ne peut conserver la confiance, que grâce à l'ignorance de ces derniers, qui ne peuvent pratiquement se renseigner au jour le jour, sur l'état d'obération du fonds de chaque débiteur. »

Ces déclarations sont intéressantes à relever, car elles n'ont pas seulement trait à la réforme de détail, qui s'impose, mais, si elles sont rigoureusement exactes, ce n'est plus une modification ou un complément de la loi qu'il faut souhaiter, c'est son abrogation.

(1) *Annales de droit com.*, août 1901, *Nouvelles et informations*, p. 217.

Cette manière de voir est bien un peu pessimiste, et il est permis de ne la point partager entièrement ; car enfin, si la loi présente des inconvénients, est-ce une raison pour la condamner sous prétexte qu'elle facilite une pratique funeste « qui nous fait assister à un triste relâchement des mœurs du commerce » ?

S'il arrive que des commerçants obérés appellent à leur aide le secours du nantissement qu'autorise la loi, pour prolonger une situation, qu'ils n'ont aucune chance de maintenir, au moins elle a pu mettre fin à une pratique non moins fâcheuse pour le commerce, résultant de la facilité avec laquelle des créanciers habiles usaient des formes usitées pour le nantissement des droits mobiliers incorporels pour se constituer un privilège occulte sur le fonds de commerce. La confiance des autres créanciers reposait sur une valeur qu'ils ne savaient pas ne plus appartenir à leur débiteur ; et au jour de la faillite, par l'effet d'un nantissement, qu'ils n'avaient point connu, le principe de l'égalité sur lequel ils avaient compté, devenait pour eux une garantie absolument illusoire !

Peut-on songer à interdire purement et simplement la dation en nantissement des fonds de commerce ? Cette solution est par trop radicale. Elle aurait l'avantage de supprimer toutes les difficultés et de déjouer toutes les fraudes possibles, mais le droit de chaque commerçant sur son patrimoine ne permet pas d'interdire à celui qui a besoin de crédit, d'user du nantissement reconnu en principe par la loi pour toute espèce de biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels.

Une réforme s'impose, M. Lebreton (1), ancien ministre

(1) *Journ. off., Doc. parlem., Chambre 1899, Annexe 759, p. 814.*

de la justice, a déposé sur les bureaux de la Chambre des députés un projet de loi destiné à corriger et compléter la loi du 1^{er} mars 1898.

L'idée générale qui se dégage de la lecture de ce document, c'est qu'il se préoccupe uniquement de la forme même de l'inscription considérée comme essentielle mais suffisante pour assurer la pleine validité du nantissement des fonds de commerce. La question primordiale et de principe en la matière, celle de la nature juridique du fonds de commerce n'y a point trouvé place, elle aurait pourtant un intérêt pratique considérable.

Dans l'exposé des motifs, M. Lebreton présente un historique assez développé de la loi du 1^{er} mars 1898 pour conclure à la nécessité d'organiser la publicité créée par cette loi.

Quel sera le mode d'inscription ? Dans quel délai l'inscription sera-t-elle périmée ? Pourra-t-on faire rayer les inscriptions ? les réduire ? Enfin, les greffiers pourront-ils délivrer des certificats à ceux qui demandent à être renseignés sur la situation plus ou moins obérée des fonds de commerce ?

Le projet de loi répond à chacune de ces questions. Il est intéressant de rechercher quels principes ont guidé les auteurs de ces différentes solutions.

« D'abord, est-il dit dans l'exposé des motifs, la pensée du législateur n'est pas de toucher, pour si peu que ce soit, à la nature du contrat de nantissement. Ce contrat quand il a pour objet un fonds de commerce, conserve son caractère propre et produit les mêmes effets que par le passé. »

Après avoir ainsi déclaré que tous les principes du nan-

tissement étaient saufs, M. Lebreton avoue que les dispositions des articles 2 et suivants sont toutes inspirées de l'organisation de la publicité de l'hypothèque terrestre et de l'hypothèque maritime. Les dispositions générales du droit civil et du droit commercial à ce sujet s'appliqueront à l'inscription du nantissement. L'extension du domaine des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce ne doit plus faire doute.

L'article 1^{er} du projet répond à la principale préoccupation de ses auteurs : l'inscription est nécessaire mais elle suffit (1).

Pour opérer l'inscription, le créancier ou un tiers, qu'il chargera de ce soin, présentera au greffier du tribunal de commerce l'original enregistré du titre constitutif de nantissement s'il est sous seing privé, ou reçu en brevet, ou une expédition, s'il en existe minute.

Le requérant remettra en outre au greffier deux bordereaux sur papier timbré et signés, établissant l'identité du créancier et du débiteur, indiquant la date et la nature du titre, spécifiant le montant des créances garanties, portant évaluation des accessoires de ces créances, fixant l'époque de leur exigibilité. Enfin ces bordereaux détermineront quel est le fonds de commerce donné en gage, avec indication du siège de l'exploitation, du nom du propriétaire et toutes énonciations propres à faire connaître le fonds dont il s'agit.

Tout cette procédure est calquée sur la procédure à sui-

(1) ART. 1^{er}. — Le privilège résultant de l'acte contenant une dation en nantissement d'un fonds de commerce, s'établit par le seul fait de l'inscription prévue en l'article 2075, § 2 du Code civil, sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité.

vre pour l'inscription hypothécaire. Le greffier, comme le conservateur des hypothèques, remet le titre et l'un des bordereaux au bas duquel il certifie avoir inscrit le nantissement.

La péremption des inscriptions est également régie par les règles suivies en matière hypothécaire ; le délai de dix ans est néanmoins réduit de moitié. Il faut donc renouveler l'inscription tous les cinq ans ; mais ici, comme en matière hypothécaire, l'inscription en renouvellement ne donne point rang au privilège et elle n'est point nulle par suite de la survenance des événements prévus par l'article 2146 du Code civil.

Les inscriptions peuvent être rayées. La radiation consiste dans une mention en marge ; elle doit être consentie par acte authentique ou être ordonnée par justice. Quel sera le tribunal compétent pour ordonner la radiation du nantissement ?

Le texte du projet est muet sur ce point ; dans l'exposé des motifs, M. Lebreton propose une distinction. L'action portée devant le tribunal est-elle une action en nullité de l'obligation principale, le tribunal en statuant sur la nullité de l'obligation du débiteur, peut ordonner la radiation de l'inscription précédemment requise. S'agit-il de demander la nullité de l'inscription elle-même, c'est le tribunal dans le ressort duquel le fonds est exploité, qui statuera sur le maintien ou la radiation de l'inscription.

Quant à la publicité des registres d'inscriptions, les parties intéressées n'ont plus à consulter elles-mêmes les livres du greffe, elles demanderont des états d'inscriptions ou des certificats négatifs, constatant qu'il n'existe aucune inscription.

Le droit d'inscription est fixé à 0 fr. 50 0/0 du capital des créances garanties. Les actes de dépôt, récépissés, bordereaux, mentions, états et certificats faits ou délivrés ne donnent lieu à aucun droit que le coût du papier timbré ; mais le projet réserve l'allocation ou les émoluments des greffiers à fixer par voie de décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique.

Pour achever la comparaison des nouvelles mesures de publicité du nantissement avec le système en usage pour les hypothèques, il est à remarquer que le droit d'inscription de nantissement est fixé à la moitié du droit d'inscription d'hypothèque, tel qu'il est tarifé par la loi du 21 ventôse an VII. Le rapport établi entre les deux taux, se justifie par cette considération que l'inscription conserve l'hypothèque pendant dix ans, tandis qu'elle est périmée au bout de cinq ans, lorsqu'il s'agit du nantissement d'un fonds de commerce.

Il est regrettable que le projet de réforme omette de régler la question des intérêts garantis par l'inscription ; l'inscription se périmé par cinq ans, et les intérêts se prescrivent par le même laps de temps ; n'y avait-il pas un rapprochement à établir entre ces deux points et n'était-il pas utile de demander que chaque inscription en renouvellement fit le compte des intérêts échus pour fixer le rang privilégié de cette créance accessoire ?

Les chambres de commerce se sont prononcées en assez grand nombre sur les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898.

La chambre de commerce de Paris se borne à se montrer favorable à l'étude du projet déposé par M. Lebreton. Presque toutes critiquent le mode de publicité adopté

par le législateur. Enfin il y en a qui trouvent à la loi du 1^{er} mars 1898 un caractère immoral ou dangereux (1).

En réalité, cette loi donne lieu à de sérieux inconvénients pratiques. La chambre de commerce de Roubaix en fournit deux raisons. La première raison qu'elle fait valoir, c'est que la notion du fonds de commerce n'est précisée par aucun texte. Ensuite, si le nantissement des fonds de commerce est défavorablement apprécié dans la pratique des affaires, c'est qu'en fait on tend à y comprendre l'outillage, le matériel et les marchandises.

Quel que soit le mérite de cette appréciation, il faut convenir que le mal vient surtout de ce que cet instrument nouveau de crédit non encore organisé, n'a guère été mis à profit que par des débiteurs obérés à la veille d'une faillite, plus préoccupés de recourir à un dernier moyen de salut, que scrupuleux de respecter les droits de leurs créanciers déjà dupes d'une trop grande confiance.

Ensuite si le nantissement comprend les marchandises, qui dépendent du fonds, il distrait au profit d'un seul créancier, la plus intéressante partie de l'actif du débiteur. Mais s'il ne porte point sur ces marchandises, il ne sera plus un sérieux instrument de crédit, parce que l'objet de ce nantissement ne représentera plus ordinairement qu'une valeur flottante et aléatoire.

(1) Nevers, 25 novembre 1898 et 26 mai 1899 ; Lille, 28 avril 1899 ; Boulogne, 10 mai 1901 ; Beauvais, 13 mai 1899 et 17 avril 1901 ; Troyes, 5 mai 1899 ; Elbœuf, 8 mai 1899, Rochefort-s-Mer, 18 mai 1899 ; Alençon, 19 mai 1899 ; Grenoble, 3 avril et 2 mai 1901 ; Bourges, 31 juillet 1899 ; Chalon-s-Saône, 1^{er} août 1899 ; St-Quentin, 6 juin 1899 ; Chambre de commerce des Vosges, novembre 1899 ; Lyon, 31 août 1899.

Enfin, la réforme projetée, loin de résoudre ce problème, fait naître un nouvel inconvénient. La publicité telle qu'elle l'organise coûte relativement cher :

1° L'acte de nantissement, qu'elle exige, doit être authentique ; s'il est sous signature privée, il faudra le faire enregistrer ;

2° Le greffier percevra ses émoluments ;

3° Il y aura un droit d'inscription de 0 fr. 50 0/0.

Il faudrait chercher un autre moyen de publicité moins onéreux. Le système en vigueur pour la publication des actes de société inspire une idée pratique.

Le nantissement serait non plus inscrit au greffe, mais publié dans tels journaux, que l'administration préfectorale désignerait à cet effet. Un exemplaire du journal serait visé par l'imprimeur, enregistré au droit fixe, et déposé au greffe à la disposition de quiconque voudrait être renseigné. Les honoraires du greffier pourraient même être assez réduits, puisque leur tâche se trouverait simplifiée et que leur responsabilité ne serait plus mise en jeu.

Dans un autre ordre d'idées, une proposition de loi toute récente vient d'être déposée à la Chambre des députés (1). Elle est due à l'initiative de M. Authier, député.

La réforme projetée, inspirée des inconvénients économiques et pratiques de la loi du 1^{er} mars 1898, n'est que l'écho des vœux et doléances des chambres de commerce.

M. Authier constate d'abord qu'au point de vue économique, le nantissement du fonds de commerce est un

(1) 1^{re} séance du 13 février 1902, *Journal officiel*, 14 février 1902, *Déb. parl.*, 1902, ch., p. 641.

instrument de crédit trop souvent exploité par des débiteurs malhonnêtes, en sorte qu'il devient une source de surprises et de fraudes, dont les créanciers sont dupes. Le crédit est chose fragile, le nantissement du fonds de commerce en est un abus, et la loi du 1^{er} mars 1898, qui autorise et encourage cette pratique, loin de faciliter les affaires, propage au contraire la défiance entre commerçants. Le vendeur prudent ne peut plus accorder aucun délai, s'il ne lui est offert de garanties plus sérieuses.

En outre, la publicité prescrite par la loi de 1898 ne répond nullement aux exigences du commerce. Il faut aux transactions commerciales une élasticité, une rapidité qui ne peut s'accommoder de formalités de cette nature. « Vouloir qu'avant de conclure un marché, un commerçant s'en aille au greffe s'assurer de la solvabilité de son client, c'est mal connaître la pratique des affaires, c'est demander l'impossible (1). »

Partant de cette idée, M. Authier demande l'abrogation de la loi du 1^{er} mars 1898. Mais sans vouloir prohiber la pratique du nantissement du fonds de commerce, il introduit une distinction entre les éléments corporels et les éléments incorporels du fonds de commerce.

Les éléments incorporels pourront être conférés en nantissement au moyen d'une inscription prise au greffe du tribunal de commerce, laquelle inscription sera rendue publique par voie d'affiche à la porte du tribunal de commerce, tant que durera le nantissement.

(1) Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Authier.

Les éléments corporels demeurent soumis à l'application de l'article 2076 du Code civil (1).

L'examen de cette proposition mériterait une étude approfondie de la question du nantissement des fonds de commerce. C'est toujours le même problème juridique qui est en jeu ; la proposition de loi de M. Authier en restreint seulement la portée aux éléments incorporels du fonds de commerce. Quels sont les effets de ce nantissement ? Quels sont les droits du créancier ? Quelle en est l'étendue ? Quelles sont les obligations du débiteur ? Quelle influence peut exercer sa faillite sur la validité de l'inscription ?

Nous avons examiné au cours de cette étude les prin-

(1) ARTICLE UNIQUE. — La loi du 1^{er} mars 1898 est abrogée. La disposition, qu'elle avait pour objet d'ajouter à l'article 2075 du Code civil, est remplacée par les suivantes :

I. Dans tout nantissement d'un fonds de commerce, il devra être distingué entre l'élément incorporel comprenant la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, les marques de fabrique, brevets, etc., et l'élément corporel : marchandises, outillage, matériel, etc...

Le nantissement de l'élément incorporel devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité. Un tableau portant, par ordre alphabétique, le nom et l'adresse des négociants ayant obtenu ladite inscription, sera placé, par les soins du greffier, à la porte du tribunal de commerce, à l'endroit réservé aux publications de même nature, et y restera affiché aussi longtemps que durera le nantissement.

Les choses composant l'élément corporel ne pourront être données en gage que par le moyen de la dépossession effective, telle qu'elle est prévue à l'article 2076.

II. Un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique déterminera les modes d'inscription et de radiation au greffe, les émoluments des greffiers, ainsi que toutes autres mesures d'exécution de la présente loi.

cipales difficultés qui naissent du silence de la loi du 1^{er} mars 1898 sur chacun de ces points. Il est à souhaiter que la proposition nouvelle de M. Authier se complétant au cours des discussions qu'elle ne peut manquer de soulever, s'inspire plus parfaitement des véritables principes de notre droit, et devienne une œuvre juridique et pratique complète pour la sécurité nécessaire au commerce et sa prospérité !

Vu :

Le Professeur Président de la thèse,

D. DANJON.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE.	VII
INTRODUCTION HISTORIQUE.	1
CHAPITRE PREMIER. — Éléments qui constituent le fonds de commerce. — Notion juridique du fonds de commerce.	
	25
SECTION I. — <i>Notions préliminaires</i>	25
SECTION II. — <i>Éléments du fonds de commerce</i>	27
SECTION III. — <i>Développement historique de la notion juridique du fonds de commerce</i>	31
SECTION IV. — <i>Notion moderne du fonds de commerce</i> .	34
§ 1. — Le fonds de commerce est une universalité . .	34
§ 2. — Le fonds de commerce constitue-t-il une universalité de droit ?	37
§ 3. — Le fonds de commerce constitue-t-il une universalité juridique ou une universalité de fait ? .	39
SECTION V. — <i>La loi du 1^{er} mars 1898 et la notion courante du fonds de commerce</i>	45
SECTION VI. — <i>Nature mobilière du fonds de commerce.</i>	50
SECTION VII. — <i>Nature incorporelle du fonds de commerce</i>	58
CHAPITRE II. — Des conditions requises pour la validité du nantissement	
	61
SECTION I. — <i>Qui peut constituer en nantissement un fonds de commerce ?</i>	63
§ 1. — Il faut être propriétaire	63
§ 2. — Il faut être capable d'aliéner.	66

SECTION II. — <i>Objet du nantissement, spécialement du nantissement d'un fonds qui n'existe pas encore.</i>	69
SECTION III. — <i>Formalités et publicité.</i>	72
§ 1. — Formalités autres que l'inscription	72
A. — De la nécessité prétendue d'un acte écrit	72
B. — De la remise des titres au gagiste et de la signification au bailleur.	77
C. — Du caractère obligatoire d'une clause formelle stipulant que les titres seront remis au gagiste et le contrat signifié au bailleur.	89
§ 2. — De l'inscription	92
A. — Mode de publicité du nantissement	92
B. — Mentions que doit contenir l'inscription.	96
C. — Délai dans lequel doit être prise l'inscription. . .	101
D. — Durée de validité de l'inscription	108
E. — Publicité du registre des inscriptions	109
CHAPITRE III. — Caractères et effets du nantissement. . .	111
SECTION I. — <i>Caractères du nantissement du fonds de commerce.</i>	111
SECTION II. — <i>Droits du créancier</i>	114
§ 1. — Droit de rétention.	114
§ 2. — Privilège du créancier, son mode d'exercice. . .	116
A. — Etendue du privilège	119
1 ^o Le nantissement comprend-il les marchandises et le matériel ?	119
2 ^o Etendue de la créance garantie.	131
SECTION I. — Les intérêts sont-ils garantis ?	132
§ 1. — Intérêts échus	133
§ 2. — Intérêts à échoir	133
§ 3. — Dans quelle mesure sont-ils privilégiés ?	134
SECTION II. — Application de l'article 2082, alinéa 2, au gage tacite	138
B. — Rang du privilège	141

a. — Conflit avec des créanciers à privilèges généraux	143
b. — Conflit avec des créanciers à privilèges spéciaux	143
α) Conflit avec le bailleur de l'immeuble. . .	143
β) Conflit avec le vendeur du fonds	144
γ) Conflit avec le vendeur de marchandises. .	146
c. — Conflit entre divers créanciers nantis du même fonds de commerce.	147
§ 3. — Du droit de suite	148
SECTION III. — <i>Obligations du créancier et du débiteur</i> .	150
§ 1. — Obligations du créancier	151
§ 2. — Obligations du débiteur	152
CHAPITRE IV. — Extinction du nantissement	155
§ 1. — Extinction par voie de conséquence	155
§ 2. — Extinction par voie principale	156
A. — Renonciation du créancier.	156
B. — Prescription	162
C. — Perte du fonds de commerce	163
D. — Défaut d'inscription	163
E. — Confusion	164
APPENDICE. — <i>De la radiation</i>	165
PROJET DE RÉFORME ET CONCLUSION	167

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
